DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA

De

PRETIO AFFE-CTIONIS IN RES FUN-GIBILES NON CADENTE,

Quam

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO

DN. FRIDERICO WILHELMO,
REGNI BORVSSICI HEREDE &c.&c.

In Regia hac Fridericiana
EX DECRETO ILLUSTRIS FACULTATIS JURIDICÆ
PRÆSIDE

DN. CHRISTIANO THOMASIO, JCto,
S. REG. MAJ. BORUSS. CONSILIARIO, PROF. PUBL.
ET p. t. DECANO.

PRO LICENTIA
Summos in utroque jure honores, & privilegia DOCTORALIA rite conſequendi,

IN AUDITORIO MAJORI

Ad d. XVII. Sept. Anno MDCCI. horis ante - & pomeridianis
Pnblicæ Eruditorum diſquiſitioni ſubmittet

PHILIPPUS REINHOLDUS HECHT,
CRUCENACO-PALATINVS.

DENUO RECUSA Anno 1727
HALÆ MAGDEB. Litteris Chr. Henckelii, Acad. Typ.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google

Digitized by Google

DISSERTATIO INAUGURALIS,
DE
PRETIO AFFECTIONIS IN RES FUNGIBILES NON CADENTE.

CAP. I.
De Senſu ac veritate dogmatis, quod pretium affectionis non cadat in res fungibiles.

SUMMARIA.

Doctrinæ de rerum pretiis utilitas. §. I.
Neglectus doctrinæ de fundamento & origine pretii. §. II.
Probatur exemplo Dinneri in tr. de juſto rerum pretio. §. III.
Doctrina Grotii & Puſendorffii de pretii fundamento. §. IV.
Poſt diſtinctionem aucta malitia humana Dominiorum orta ſunt commercia, quæ adeo non ſunt juris Gentium præceptivi. §. V.
Commertiis introductis ſecutum eſt rerum & actionum humanarum pretium. §. VI.
Pretium vel vulgare, vel eminens ſeu nummus. §. VII.
Nummi origo ex luxuria & ambitione. §. VIII.
Introductis videlicet civitatibus cupiditatum humanarum aſylis. §. IX.
Raritas & copia fundamentum univerſali variantis pretii, non locus & tempus. §. X.
Ad raritatem reliquæ cauſæ referentis pretii a Dd. adductæ referri poſſunt. §. XI.
Pretium in ſtatu naturali & civili. §. XII.
Pretium Civile vel affectionis vel legitimum, illud vel commune, vel affectionis ſtricte dictum. §. XIII.
Differentia inter pretium commune & affectionis ſtricte dictum, ac utriusque exempla in Jure Civil. §. XIV.

Digitized by Google

Ad diſſertationem noſtram pertinet pretium affectionis ſtricte dictum. §. XV.

Differentia rerum fungibilium & non fungibilium. §. XVI.

Conſumtio eſt vel naturalis rerum, quæ uſu corrumpuntur aut ſervando ſervari nequeunt. §. XVII.

Ad fungibiles non pertinent res quæ uſu atteruntur, ut veſtimenta, Lapſus inſignis Triboniani in capite de quaſiuſufructu. Inepta conciliatio vulgaris. §. XVIII.

Vel eſt Civilis, ſc. alienatio, ædificatio &c. §. XIX.

Res fungibiles duplicis ſunt generis quædam naturales & perpetuo tales. § XX.

Quædam arbitrariæ, & modo fungibiles, modo non. §. XXI.

Poſteriores modo ad mutuum pertinent, modo ad commodatum. §. XXII.

Non omnes merces eſſe res fungibiles §. XXIII.

In materia tamen præſenti eas æquiparari fungilibus §. XXIV.

Pretium affectionis ortum ex affectu ambitioſorum. §. XXV.

Non ex avaritia, quia hæc pecuniam omnibus rebus præfert. Non ex voluptate, etſi huic affectui dediti multas res pretio affectionis æſtiment § XXVI.

Nemo res fungibiles pretio affectionis æſtimat, non avarus § XXVII.

Non ambitioſus, nec voluptuoſus, §. XXVIII.

Ratio: quia res, in quas cadit affectio, debent tales eſſe, ut ſervari & oſtentari poſſint. §. XXIX.

Res medii generis, quæ uſu atteruntur, modo ad regulam pertinent, modo non. §. XXX.

Index rerum, in quas pretium affectionis non cadit, §. XXXI.

§. I.

MUltæ materiæ, de quibus diſputationes publicæ conſcribi & haberi ſolent, ita ſunt comparatæ, ut licet uſu ſuo non deſtituantur, anguſtioribus tamen terminis includantur, neque adeo ſe latius per Juriſprudentiam noſtram diffundant. Verum ſi doctrinam *de rerum pretiis* penitius conſideremus, illa in hoc palmam reliquis præripere videtur, quod non in certa aliqua Juriſ-

pru-

prudentiæ noſtræ materia ſedes fixas habeat, ſed latius exſpatietur, & per univerſam juris molem ita ſe diffundat, ut fere nulla materia occurrat, ubi non hæc doctrina de rerum pretiis applicari poſſit. Cum enim omnes contentiones & controverſiæ oriri ſoleant de *meo* & *tuo*, & jus reddatur ordinarie de iis, quæ in commercio ſunt, ſeu de bonis externis, & vero ex neceſſitate de iis aliquando ita jus dici debeat, ut vel in ſubſidium æſtimatio ipſius rei, vel cum ipſa re ratione damni vel alius intereſſe ipſa ſit præſtanda, deprehendimus, legislatores fero in omnibus eiusmodi fuiſſe quam maxime ſolicitos de præſtanda & ineunda æſtimatione, quod per inductionem ſine omni difficultate oſtendi poteſt. Ut jam non tangam jura perſonarum, ubi tamen illa, quæ de æſtimatione ſervorum ſunt diſpoſita, doctrinam de pretiis rerum omnino expoſtulant, ſolummodo ad jura rerum, quæ potiorem in jure noſtro occupant locum, provoco, quæ ubivis de ineunda æſtimatione diſponunt. Res extinctæ a malæ fidei poſſeſſoribus vindicari nequeunt, poſſunt tamen condici. §. 26. *I. de rer. Diviſ.* h. e. æſtimatio earundum petenda. Quid petimus ab his, qui pro poſſeſſoribus habentur, quales ſunt qui dolo deſiere poſſidere, vel ſe offerunt liti, quam æſtimationem ipſius rei? In ædificatione ædificans repetit æſtimationem ſeu pretium materiæ §. 30. *eod.* In ſervitutibus ratio damni dati habetur. At quomodo hoc aliter, quam per æſtimationem fieri poteſt? De hereditate nullum dubium. Et ſic de cæteris. Potiſſimum autem pretii uſus ſeſe exſerit in conventionibus, & ſic tota hæc materia præcipue hic occupata eſt circa refundendum damnum dolo vel culpa datum, imo & non raro vicem ipſius rei, quæ alterius culpa interiit, occupat. Sic & extra contractus, ubi damnum fuerit datum, & de eo reſarciendo ex L. Aquilia agatur, id aliter fieri nequit, quam ſecundum genuina Doctrinæ de pretio rerum principia. Et infinitum foret, ſi id latius per ſingula jurium capita eundo exequi vellemus.

§. II. Indubium itaque eſt, ingentem huius doctrinæ recte intellectæ & applicatæ eſſe uſum. Sed hic eſt communis fere eruditorum nævus, quod illa, quæ bis aut ter in ſeculo obtingere ſolent, magno ſudore tractent, & ſubtiliſſime de illis diſputent, ne-

 gli-

Digitized by Google

gligentes e contrario illa, quæ ubivis obvia ſunt, & quotidianam ut ita loquar præſtant utilitatem, quaſi ſcilicet talia objectum minus dignum meditationum conſtituant,quippe quæ non niſi lata & non ubivis obvia intuentur. Inde etiam factum eſt, ut hæc doctrina hactenus parum feliciter pertractata fuerit, præſertim eam interpretes Juris Romani magis de concluſionibus, quam de fundamentis genuinis, & origine pretii fuerint ſolliciti, deſtitui quippe principiis moralibus ex Jure Naturæ & natura ipſius rei deſumendis. Jam vero experientia hactenus docuit, quantam jacturam perpeſſa fuerit Juriſprudentia Noſtra ex neglectu hujus obſervationis, contra vero quantum lumen & incrementum ei acceſſerit, poſtquam fundamenta ex ipſa rerum natura ſolicite indagata, & ex hiſtoria genuina de origine rerum deducta fuerunt. Sicuti enim vera fundamenta in moralibus pariter ac in Phyſicis haberi & cognoſci non poſſunt, niſi in hiſtoriam de origine rerum accurate inquiratur, ita & Jurisprudentiæ Romanæ tradita non aliter ad vera ſua revocari poſſunt principia, quam per hanc quam dixi methodum. Id quod Dn. Præſes paſſim *in Jurisprudentia Divina*, imprimis *cap. de Dominio & rerum pretiis*, ut & *de Societatibus* ad oculum demonſtravit.

§. III. Sed ne gratis hæc dixiſſe videar, excutere & in medium producere hic poſſem omnes, quotquot de æſtimatione & pretiis rerum inter ICtos hactenus ſcripſere: ſed ne iis tempus inſumendo a ſcopo meo abducar, ſolummodo in ſcenam prodeat Andreas Dinnerus *de juſto rerum pretio definiendo*, cujus meditationes non adeo quidem diffuſſæ, ita tamen comparatæ ſunt, ut ſi vel aliquoties eas legeris, nil niſi ſeriem confuſarum cogitationum inde colligere poſſis. Nam ubi inquirit, quodnam juſtum ac verum pretium rerum in jure dicatur, pro fundamentali propoſitione hanc ponit regulam: *Verum pretium appellatur, quod emtorem invenit, ſive quo res vendi atque comparari communiter ſolet*, vel: *Tanti res valet, quanti vendi poteſt homini ſcienti qualitatem rei*. Idem eſt, ac ſi dicere vellem: ille verus homo eſt, qui communiter pro tali haberi ſolet. Vides obſcurum per æque obſcurum explicari. In quo enim, quæro, ſe fundat illud *communiter*, ſeu cur res pro hoc vel illo pretio communiter comparatur? Cur tanti homini ſcienti qualitatem rei venditur? Antequā enim id

id perſpicue fuerit declaratum, æque ambigue hæremus in fundamento pretii, quam ſi nihil fuiſſet dictum. Deinde ſi illud pretium verum exinde dijudicare volumus, quod emtorem invenit, certe quodlibet pretium eſt verum, quia nulla res tam vilis eſt, quæ non ſuum emtorem inveniat, & ita ſunt fruſtraneæ omnes contentiones de juſtitia pretii. Quodſi enim res invenit emtorem, ſemper dicere poſſemus, ſecundum hanc regulam, pretium verum eſſe. Æque infirma & jejuna eſt altera regula, qua aſſerit, *juſtum pretium eſſe nihil aliud, quam quantitatis æqualitatem, qua pecunia, cujus publica & perpetua aſt æſtimatio, difficultatibus permutationem ſubvenit.* Sed rurſus quæro: in quonam illa æqualitas quantitatis conſiſtat? Unde æſtimanda? cur majorem ſummam pecuniæ ſolvam pro adamante, quam pro alio quodam Cryſtallo? Voluit deinde fundamentum hujus æqualitatis quoddam ſtabilire, ſed revera nos obruit ſua liberalitate, dum loco unius generalis fundamenti plures conglomerat caſus, in quibus tamen rurſus anceps hæres, cur hoc in caſu creſcat pretium, in altero vero minuatur. Cum igitur parum noſtro ſcopo inſervire poſſit hic Author, ipſum abire jubemus.

§. IV. Equidem & Grotius in aureo *de jure Belli & Pacis* opere *L.2. c.* 12. §. 14. doctrinam hanc de pretiis tangit, ſed revera tantum tangit, h. e. ſuperficiarie tantum pertractat, neque enim pretia varii generis inter ſe diſtinguit, & indigentiam tanquam principale fundamentum pretii ſubſtituit, quod tamen nec adæquatum nec verum eſt. Multis enim carere poſſumus rebus, quæ tamen maximo in pretio habentur, & contra neceſſariis rebus ſæpe indiget aliqua civitas vel provincia, quæ tamen aliunde non adeo magno acquiruntur pretio. Addit deinde ceterorum more alia fundamenta, quæ tamen particulares tantum caſus reſpiciunt, cum fundamentum adæquatum & univerſale ſubſtituendum erat. Reaſſumſit poſtea hanc doctrinam B. Puſendorfius *de J. N. & G.* & peculiari capite, videlicet *L. V. c. I.* illam fuſius & plenius perſecutus eſt, felicior in eo Grotio, quod varia pretii genera inter ſe diſtinxerit, & ex origine ſua rem deduxerit, quavis & quoad fundamen-

tum ipſum pretii in multis communem doctrinam ſequatur: collocat enim illud in aptitudine rei vel actionis, qua aliquid mediate vel immediate conferre poteſt ad vitæ humanæ neceſſitates, aut ad eandem commodiorem aut jucundiorem reddendam. Sed quanquam neceſſitas & commoditas rei movere poſſint contrahentes ad acquiſitionem earum, hæc tamen parum faciunt adderminationem pretii, de qua unice hic quæſtio eſt. Quid enim, numme hac ratione res neceſſariæ in majori forent habendæ prætio, quam res commodæ, & hæ, quam jucundæ, id quod tamen contra experientiam eſt, cum conſtet annonaam vilius emi quavis gemma, vel unione. Quid quod fatente ipſo Puſendorffio § 5. dentur res quædam vitæ humanæ utiliſſimæ, quibus tamen nullum eſt impoſitum pretium.

§. V. Emendare itaque hanc inſtituit Dn. Præſ. in *Jurisprud. Div. L. 2. c. 11.* *tum ſimul in veram originem pretii inquirendo* tum genuinum *ejus fundamentum oſtendendo.* Quod ad originem attinet, *hoc certum eſt*, quod ſi homines in communione primæva in qua *protoplaſtos* conſtitiſſe evicit Dn. Præſ. *L. 2. c. 10.* perſtituiſſent, *ſine dubio nec æſtimationis*, nec pretii ulla fuiſſet habita ratio, cum *quilibet rebus* in commune poſitis uti proprio jure, nec introduci *aliquod pretium* potuiſſet, quod extra communionem in proprie*tate ſingulorum* eſſe debuerit. Poſtquam itaque dominium intro*ductum*, & refrigeſcente inter homines propter lapſum amore a communione receſſum eſt, humanæ neceſſitates & indigentiæ ortæ ſunt, aucto præſertim genere humano, & ſimul luxuria & ambitione incrementa capientibus. Ad has neceſſitates ſupplendas non aliud ſupererat remedium, quam commerciorum introductio, vi quorum res inter ſe commutari, & indigentia ita alterius, ex alterius gentis ſuperfluo ſuppleri debebat. Quamvis enim nulla regio tam inhabitabilis & infelix eſſe deprehendatur, quæ fructibus ſoli proprii incolas alere non poſſit, modo ſecundum regulas naturæ, quæ paucis contenta eſt, vivere vellent, cupiditas tamen rerum ſuperfluarum & avaritia, quæ ad res multas poſſidendas homines inſtigat, eosdem ſimul inpuxit, ut animum ad commercia applicarent. Quo ſenſu itaque commercia poſſunt dici a ICto in *l. 5. ff. de J.*

&

Digitized by Google

& 9. Juris Gentium? Id quidem non adeo obſcurum eſt, quippe non aliter Juris gentium ſunt commercia, quam quatenus jus gentium denotat mores totius humani generis corruptos & ex dictamine corruptæ rationis ortos. Dn. Præſ. *Diſp. de Jure Stat. Imper. dand. Civit.* §. 14.

§. VI. Introductis commerciis, frequenter contingere poterat, ut commutarentur diverſæ eſſentiæ, & cum tamen quilibet æquivalens accipere vellet, neceſſitas rurſus fecit, ut conventione aliqua ab hominibus rebus imponeretur affectio quædam, ſecundum quam res diſparis naturæ invicem comparari & exæquari poſſent. Pufend. *cit. l.* §. 1. Dn. Præſ. *Juriſpr. Div. cit. l. n.* 2. Exæquari autem poſſunt res vel ſecundum quantitatem moralem, cum res æſtimari poſſint non ſolum ſecundum ſubſtantiam Phyſicam, ſed etiam ſecundum conſiderationem quandam moralem, quamvis Logica Ariſtotelica hanc quantitatem ignoret. Quantitas illa moralis rerum & actionum, quatenus in commercium venire poſſunt, eſt illud ipſum, quod jam quærimus, ſc. PRETIUM, quod ſecundum hanc conſiderationem, nihil aliud eſt, quam *valor rerum & actionum in commercium venientium, quatenus uſum aliquem & delectationem hominibus afferunt*, in hoc enim finem commerciorum eſſe poſitum jam diximus. Dn. Præſ. *cit. l. n.* 4.

§. VII. Variat hoc pretium pro conditione & corruptione humana Hinc ſtatim duo genera pretii obvia ſunt, aliud enim eſt *vulgare*, quo res inter ſe quæcunque conferuntur, & commodantur. Aliud *eminens*, quod quaſi res omnes cœteras æſtimat, & ad quod cætera omnia pretia vulgaria exiguntur, ita ut virtualiter in eo contineantur, & dicitur nummus. Vulgare pretium in permutationibus conſpicitur, & antiquius eſt ipſo eminenti, fatente ipſo Paulo *in l.* 1. *ff. de contrah. emt*, & Ariſtotele 1. *Polit c.* 6. *Olim*, inquit Paulus, *non ita erat nummus, neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, ſed unusquisque ſecundum neceſſitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut, quod alteri ſupereſt, alteri deſit. Sed quia non ſemper, nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes, quod ego deſiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles;*

ele-

electa materia eſt, cujus publica & perpetua æſtimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis ſubveniret, eaq; materia forma publica percuſſa uſum Dominiumque non tam ex ſubſtantia præbet, quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, ſed alterum pretium vocatur.

§. VIII. Complectitur, his verbis ICtus hiſtoriam de origine utriusque pretii, ſed cauſam introducti pretii eminentis minus feliciter eruit. Difficultatum ſublevandarum cauſa illud eſſe introductum arbitratur, quam cantilenam etiam ingeminat Philoſophus *cit. l.* ſed non exprimit originem iſtarum difficultatum. Si enim tantæ difficultates in permutationibus occurrunt, cur quæſo olim non ſtatim nummus introducebatur? Ergo difficultates hæ ſine dubio ſupervenerunt increſcentibus hominum cupiditatibus & luxuria. Quamdiu enim homines in ſimplicitate primæva, quæ non vitium, ſed virtutem deſignat, ſubſtiterunt, vulgare pretium nullas habuiſſe videtur difficultates, id quod Tacitus *de mor. Germ. c. 5. n.* 6. fatetur, inquiens: *Proximi ob uſum commerciorum aurum & argentum in pretio habent, formasque quasdam noſtræ pecuniæ agnoſcunt atque eligunt: Interiores (Germani) ſimplicius & antiquius permutatione mercium utuntur. Et c. 15. n. 4. Gaudent præcipue finitimarum Gentium donis, quæ non modo a ſingulis, ſed publice mittuntur; electi equi, magna arma, Phaleræ torquesque. Jam & pecuniam accipere docuimus.* Vides itaque ex verbis Taciti, Germanos antiquos, quamdiu in ſimplicitate perſtiterunt, absque omni difficultate permutationes exercere potuiſſe. Aſt poſtquam luxuria & ambitio Romanorum penetraverat etiam in intimam usque Germaniam, poſtquam cupiditas plura poſſidendi eos invaſerat, tum demum pretii eminentis cœpit aliquis inter eos eſſe uſus. Latius & expreſſius id ipſum explicat Conring. *diſp. de urbib. Germ. th.* 78. inquiens: *Priſci Germani nulla opum cupiditate, nullo luxu, rudi tecti vellere, & cibo ſimplice, lacte, caſeo, agreſtibus pomis, recenti fera contenti, vitam omnem in ſtudiis rei militaris tranſegerunt. Eoq; commodius fuit diſcretis ac diſperſis ædibus habitare, ut fons aliquis, ut campus, ut nemus maximo poterat uſui eſſe quod ita nihil poſſent ſuæ deſiderare beatitati. Nec peregrinæ mercaturæ ergo tunc locus vilia tantū & obvia petentibus & nullo opum honore, opificia vero pene omnia exularunt, luxuriæ ſc. & mollis vitæ inſtrumenta: At*

poſt

Digitized by Google

poſtquam veſtis elegantior & lautior cibus & domus ſplendidior, mutatis Romana conſuetudine moribus paulatim cœpit allubeſcere, creſcit neceſſario artificum copia & mercatura ad exteros extenſa eſt. Hinc opum cupido & rationes variæ excogitatæ faciendi nummi, inde tandem non elegans amplius vita, ſed luxurioſa pretio &c.

§. IX. Sicuti itaque, quo magis vivendi ratio eſt ſimplicior, eo facilius in vulgari pretio ſubſiſtit: Ita e contrario, quo magis vita ad luxuriam & infinitas commoditates propendet, eo minus abſque pretio eminenti eſſe poteſt. Unde non mirandum, quare permutationes inter eos, qui ruſticam vitam agunt, ſint frequentiores, quam qui civitates in habitant. Cum enim præprimis illæ commoditatem & luxuriam ſectentur, & cives ſecundum plures, eosque variantes, ſtatus dividantur, quorum Plurimi vitam plane tueri nequeunt, ſi a pretio eminenti, luxuria & commoditate abſtrahas, ſequitur, ut hoc pretium inprimis in civitatibus dominetur. Quomodo enim mercatores varii generis, quomodo tot ſartores & ſutores, tot alia luxuriæ noſtræ inſtrumenta, poſſent ſe ſuosque alere, ſi eminens illud pretium in civitatibus deeſſet. Atque ita fieri aliter non poteſt, quam ut difficultates ex permutationibus oriantur, quæ tamen non ipſi permutationi, ſed luxurioſæ hominum vivendi rationi merito adſcribendæ.

§. X. Jam ulterius inquirendum in fundamentum pretii variantes, & unde modo creſcat, modo decreſcat. Commune proverbium eſt: *omne rarum carum.* Non forſan aberrabimus a via, ſi hic ſubſiſtamus & fundamentum pretii, prout communiter inter homines conſideratur, a ſola *raritate* deducamus. Et quidem ratio hujus rei in proclivi eſt. Ambitio enim hominum illa æſtimare ſolet, quæ cum paucis habitura eſt communia, contra eidem vile eſt, quicquid intra cujusvis ſupellectilem cernitur. Pufend. *Lib. 5. c. 1. § 6.* Avaritia omnium rerum ſolitariam poſſeſſionem ambit, & cum invidia conjuncta eſt. Quo rarior autem eſt res ab avaro poſſeſſa, eo minor cauſa aliis eam invidendi, eo majus invidiæ & avaritiæ irritamentum, ſi tertius eam poſſideat; Luxuria denique gulæ ſuæ bene eſſe ex varia ſæpe opinione putat, ſi rariſſimis deliciis, vinis, eſculentis ſe paſcere poſſit. Quorſum ergo te vertas, raritas ubique

B eſt

Digitized by Google

eſt in pretio. Et hanc eo magis pro fundamento pretii agnoſcimus quod omnes reliquæ cauſæ, quæ pro intenſione & remiſſione pretii vulgo afferuntur, ad hanc tanquam ultimam cauſam reduci poſſint. id quod per ſingula capita eundo facile oſtendemus. Paulus in *l. pretia 63. §. 2. ff. ad L. Falc. nonnullam varietatem pretio afferre* dicit *loca temporaque: nec enim*, pergit, *tantidem Romæ & in Hiſpania oleum æſtimabitur: nec continuis ſterilitatibus tantidem, quanti ſecundis fructibus: dum hic quoque non ex momentis temporum, nec ex ea, quæ raro accidat, caritate pretia conſtituantur.* Quid vero, quæſo, variat pretium pro locorum & temporum diverſitate, niſi raritas & ei oppoſita copia? Nec hoc diffitetur ipſe JCtus, ſi modo ad exemplum datum reſpicere velimus. Unde varie in jure noſtro recurritur ad æſtimationem loci & temporis, quando de æſtimatione præſtanda quæſtio movetur. vid. *l. 3 §. 3 l. 21. §. 3. ff. de act. emt. vend.* id quod ex *l. 3 ff. de eo quod cert. loc.* clarius apparet, ubi ſimplicius JCtus ait: *Scimus, quam varia ſint pretia rerum per ſingulas civitates, Regionesque.* Sed tamen propterea locus & tempus fundamentum variationis genuinum non ſunt, ſed raritas vel copia, quæ locum & tempus comitatur.

§. XI. De cætero ex aliis circumſtantiis quoque remitti & intendi pretium ſtimant, quo referunt pecuniæ caritatem & copiam, copiam emtorum & inopiam, locum rei ſitæ, tempus pacis & belli fructuum perceptionem, ſecuritatem pretii, bonitatem nummi, paratam vel anticipatam ſolutionem, culturam prædiorum, vicinitatem, copiam rerum ſimul venditarum, expenſas, periculum, dignitatem rei annexam, ſubtilitatem & elegantiam artis, famam artificis, dignitatem agentis &c. Verum facili negotio hæc omnia ad raritatem reduci poſſunt. Nam & locus rei ſitæ poteſt eſſe rarus, v. g. in foro, in platea, ubi ſedes Regia eſt. Tempore belli pecunia rara, emtores rari propter inſtans periculum. Quo rariores fructus ex fundo percipiuntur, eo carior ipſe fundus. Securitas pretii fere in mundo rara eſt, quia rara inter homines fides. Nummi bonitas, hodie præſertim, rara avis, quia pecunia depravata ubique deprehenditur. Rarior anticipatio ſolutionis: Nam plerumque fides habetur de pretio inter contrahentes. Agrorum optime cultorum minor certe copia quam incultorum. Et vicini boni quo-

Digitized by Google

que rari. Qui periculum in ſe ſuſcipit, certe id facit, quod non quotidie fieri ſolet & ordinarie. Paucioribus prædiis ſeu caſtris adhæret jurisdictio, jus patronatus aliaque dignitas, pleraque ſunt abſque omni dignitate. Subtilitas & elegantia artis admodum rara, rari boni artifices: Rari agentes in ſingulari conſtituti dignitate. Subſtituamus itaque loco tot tantarumque cauſarum unicum generale pretii fundamentum ſcil. *raritatem*. Neque vero muto, ſi mihi objicias, ſapientiam eſſe valde raram inter homines, non tamen caram: Nam regula noſtra, quod omne rarum carum ſit, tantum intelligenda eſt de rebus vanis, & ad luxuriam ambitionemque hominum ſpectantibus: uno verbo, quæ ſunt in commercio. Et ſic ſimul fontem aperimus, quare gentes communiter nummum pro pretio eminente habuerint. Raritas metallorum, ex quibus nummus conficitur, potiſſimum facit, ut multis aliis rebus æquivalere poſſint, & ſic easdem per eminentiam quaſi metiri. Dn. Præſ. *Juriſpr. Div. l. 2. c. 11. n. 43.*

§. XII. Cæterum alia quoque eſt conſideratio pretii viventium in ſtatu naturali, alia in civili: In ſtatu naturali quidem præcepta de vitanda ſuperbia & officiis humanitatis præſtandis exigunt, ne rem noſtram ad alterius comparatam magis æſtimemus quam rem alterius eiusdem qualitatis & bonitatis: Sed cum talia præcepta jus perfectum non producant, & exhibitio officiorum humanitatis multas præſupponat circumſtantias, non adeo ſemper in ſenſus incurrentes, hinc, ſi quidem licentiam exteriorem reſpicere velis, licet cuique pro affectu ſuo rem ſuam æſtimare, modo res non ſit fungibilis ejuſdem ſpeciei, & huc videtur reſpexiſſe Ulp. in *l.* 16. §. 4. *ff. de minor.* quod in pretio emtionis venditionis liceat contrahentibus naturaliter ſe circumvenire, h. e. quod in ſtatu naturali affectio ementium & vendentium pretium faciat, adeoque licitum ſit pro re ſua magnam pecuniæ ſummam poſtulare, ſicuti contra emtori haud denegatum eſt longe minorem eidem offerre, ut adeo *l. 2. C. de Reſcind. Emt. & vend.* mere poſitiva ſit. Aſt vero parum hac ratione conſuleretur commerciis: Hinc non ſine ratione inter gentes receptum videtur, ut ſinguli ſe accommodent judicio plurium, & illam æſtimationem pro æquiori reputent, quam ſui ſimiles in negotiis ſimilibus adhi-

Digitized by Google

bere ſolent, id quod *pretium commune* dici ſuevit. vid. Dn. Præſ. *cit. l. n.* 24. Verum iis, qui in ſtatu Civili vivunt, non eadem eſt relicta libertas rem ſuam pro lubitu æſtimandi, ſed utilitatis ratione recte ab Imperatore hæc reſtricta eſt. Vid. hic *l.* 63. *ff. ad L. Falcid.* ubi Paulus inquit: *Pretia rerum non ex affectu, nec utilitate ſingulorum ſed communiter fungi.* conf. *l.* 33. *ff. ad L. Aquiliam.* Et cum affectionem ſingulorum ex variis cauſis merito leges circumſcribant, hinc rariora pretii affectionis exempla in jure noſtro occurrunt. Remanſit tamen nihilominus in pluribus adhuc cauſis pretium illud commune, quatenus per leges non eſt taxatum, ſed quatenus quis in permutanda re ſua utitur æſtimatione conſueta aliorum.

§. XIII. Et hoc intuitu pretium aliud eſt affectionis late ſic dictum, aliud legitimum, hoc eſt quod princeps, vel ex ejus conceſſione magiſtratus ſubalternus determinat ad lites præſcindendas, & potiſſimum uſum habet in rebus fungibilibus: quo pertinet *l.* 1 §. 2. *ff. de offic. præf. urb.* ubi præfecto urbis adſcribitur cura carnem æſtimandi, ut juſto pretio præbeatur. Et hoc pretium nullam habet latitudinem, ſed fere in puncto conſiſtit & quantocunque exceſſu injuſtitia committitur. Pufend. *de J. N. & G. L.* 5. *c.* 1. §. 8. ita ut venditori non liceat ab emptore ultra taxam aliquid exigere, & emtor id quod ultra datum eſt, tanquam indebitum repetere poſſit. Illud vero rurſus diſtingui poteſt in pretium commune, & pretium affectionis ſtricte dictum: Pretium commune determinatur ad conſuetam æſtimationem aliorum, & pro fundamento, *ut* §. 10. *ſeqq.* evictum, *varitatem* habet. Cum enim ſæpius in iis rebus ubi pretium commune locum habet, multæ circumſtantiæ pretium augentes vel diminuentes, de quibus §. *l.* concurrant, illæque infinitis modis variare poſſint, princeps non potuit leges certas de pretio earum rerum ſtatuere, ſed determinationem arbitrio communi contrahentium debuit relinquere, hinc etiam latitudinem aliquam hoc pretium admittit, quæ tamen & ſuis conſtricta adhuc eſt limitibus: Sic tres communis pretii poſſunt conſtitui gradus, *infimi* ſeu pii, *mediocris* ſeu moderati, & *ſummi* ſeu rigoroſi, quorum graduum latitudo non tam exacte a legislatore determinari poteſt: Interim ſi intra illos gradus ſubſiſtatur, pretium adhuc eſſe dicitur juſtum. Dn. Præſ. *cit. l. n.* 45.

Digitized by Google

n. 39. Pretium autem affectionis ſtricte dictum eſt, quando res quædam non ſecundum communem hominum æſtimationem, ſed peculiari ex affectu, inter homines tamen probato, æſtimatur.

§. XIV. Liquido hinc apparet, magnam inter pretium commune & affectionis ſtricte dictum eſſe differentiam, cum illud communem hominum ſectetur affectionem: hoc vero ſingularem & peculiarem hujus vel illius hominis. Neque hanc ignorat Jurisprudentia Romana. Sic in *l.* 54. *pr. ff. mand.* affectus rationem in b. f. Judiciis habendam eſſe aſſeritur. *in l.* 33. *ff. ad Leg. Aquil.* pretia rerum, quæ communiter funguntur, opponuntur iis, quæ ex affectione dependent, quod etiam JCtus repetit in *l.* 63 *pr. ad L. falcid.* Similiter affectionis ratio habetur in *l.* 7. *de Serv. export.* eoque nomine ibidem actio conceditur. Clarius adhuc opponitur pretium commune pretio affectionis *in l* 36. *de bon. libert.* conf *l.* 24. *C. de admin. tut.* & *l.* 14. *C. de contr. Emt. Vend.* Et totum titulum de in litem jurando de quo tamen pluribus infra cap. tertio.

§. XV. Cum itaque duplex pretium affectionis late & ſtricte ſic dictum deprehenderimus, facile apparet, nobis tantum eſſe ſermonem de pretio affectionis ſtricte ſic dicto, quando oſtenſuri poſtea ſumus, pretium affectionis non cadere in res fungibiles. Nam in pretio communi regula noſtra haud locum habet; ſæpe enim nimia affectio voluptuoſorum in loco luxurioſo, ſæpe affectio ambitioſorum & ſuperbientium in rebus etiam fungibilibus raritatem inducit, ut ita pretium ejus augeatur, adeoque pretii communis intuitu etiam in res fungibiles caderet affectionis pretium.

§. XVI. Quoniam vero ſenſum noſtræ regulæ non recte posſumus intelligere, niſi etiam conceptum rerum fungibilium enucleaverimus, paucis quædam de illis dicemus. Res vulgo dividuntur in fungibiles & non fungibiles. Fungibiles dicuntur, quæ magis in genere ſuo functionem recipiunt, quam in ſpecie *l.* 2. §. 1. *ff. de Reb. Cred.* Non fungibiles, quarum una non fungitur vice alterius: ita communiter. Sed cum nondum ſatis perſpicuæ ſint hæ definitiones, licet ex legibus videantur petita (nam mire diſſentiunt Doctores, quid ſit functionem recipere, vid. Herm. Vuld. *Diſcrpt. Scholaſt. c.* 14. Marc. Lyclamæ Membranar. *L.* 7. *Ecl.* 14) hinc expli-

Digitized by Google

Ad diſſertationem noſtram pertinet pretium affectionis ſtricte dictum. §. XV.

Differentia rerum fungibilium & non fungibilium. §. XVI.

Conſumtio eſt vel naturalis rerum, quæ uſu corrumpuntur aut ſervando ſervari nequeunt. §. XVII.

Ad fungibiles non pertinent res quæ uſu atteruntur, ut veſtimenta, Lapſus inſignis Triboniani in capite de quaſi uſufructu. Inepta conciliatio vulgaris. §. XVIII.

Vel eſt Civilis, ſc. alienatio, ædificatio &c. §. XIX.

Res fungibiles duplicis ſunt generis quædam naturales & perpetuo tales. § XX.

Quædam arbitrariæ, & modo fungibiles, modo non. §. XXI.

Poſteriores modo ad mutuum pertinent, modo ad commodatum. §. XXII.

Non omnes merces eſſe res fungibiles §. XXIII.

In materia tamen præſenti eas æquiparari fungibilibus §. XXIV.

Pretium affectionis ortum ex affectu ambitioſorum. §. XXV.

Non ex avaritia, quia hæc pecuniam omnibus rebus præfert. Non ex voluptate, etſi huic affectui dediti multas res pretio affectionis æſtiment § XXVI.

Nemo res fungibiles pretio affectionis æſtimat, non avarus § XXVII.

Non ambitioſus, nec voluptuoſus, §. XXVIII.

Ratio: quia res, in quas cadit affecti, debent tales eſſe, ut ſervari & oſtentari poſſint. §. XXIX.

Res medii generis, quæ uſu atteruntur, modo ad regulam pertinent, modo non. §. XXX.

Index rerum, in quas pretium affectionis non cadit, §. XXXI.

§. I.

MUltæ materiæ, de quibus diſputationes publicæ conſcribi & haberi ſolent, ita ſunt comparatæ, ut licet uſu ſuo non deſtituantur, anguſtioribus tamen terminis includantur, neque adeo ſe latius per Jurisprudentiam noſtram diffundant. Verum ſi doctrinam *de rerum pretiis* penitius conſideremus, illa in hoc palmam reliquis præripere videtur, quod non in certa aliqua Juris-

pru-

Digitized by Google

prudentiæ noſtræ materia ſedes fixas habeat, ſed latius exſpatietur, & per univerſam juris molem ita ſe diffundat, ut fere nulla materia occurrat, ubi non hæc doctrina de rerum pretiis applicari poſſit. Cum enim omnes contentiones & controverſiæ oriri ſoleant de *meo* & *tuo*, & jus reddatur ordinarie de iis, quæ in commercio ſunt, ſeu de bonis externis, & vero ex neceſſitate de iis aliquando ita jus dici debeat, ut vel in ſubſidium æſtimatio ipſius rei, vel cum ipſa re ratione damni vel alius intereſſe ipſa ſit præſtanda, deprehendimus, legislatores fero in omnibus eiusmodi fuiſſe quam maxime ſolicitos depræſtanda & ineunda æſtimatione, quod per inductionem ſine omni difficultate oſtendi poteſt. Ut jam non tangam jura perſonarum, ubi tamen illa, quæ de æſtimatione ſervorum ſunt diſpoſita, doctrinam de pretiis rerum omnino expoſtulant, ſolummodo ad jura rerum, quæ potiorem in jure noſtro occupant locum, provoco, quæ ubivis de ineunda æſtimatione diſponunt. Res extinctæ a malæ fidei poſſeſſoribus vindicari nequeunt, poſſunt tamen condici. §. 26. *I. de rer. Diviſ.* h. e. æſtimatio earundum petenda. Quid petimus ab his, qui pro poſſeſſoribus habentur, quales ſunt qui dolo deſiere poſſidere, vel ſe offerunt liti, quam æſtimationem ipſius rei? In ædificatione ædificans repetit æſtimationem ſeu pretium materiæ §. 30. *eod.* In ſervitutibus ratio damni dati habetur. At quomodo hoc aliter, quam per æſtimationem fieri poteſt? De hereditate nullum dubium. Et ſic de cæteris. Potiſſimum autem pretii uſus ſeſe exſerit in conventionibus, & ſic tota hæc materia præcipue hic occupata eſt circa refundendum damnum dolo vel culpa datum, imo & non raro vicem ipſius rei, quæ alterius culpa interiit, occupat. Sic & extra contractus, ubi damnum fuerit datum, & de eo reſarciendo ex L. Aquilia agatur, id aliter fieri nequit, quam ſecundum genuina Doctrinæ de pretio rerum principia. Et infinitum foret, ſi id latius per ſingula jurium capita eundo exequi vellemus.

§. II. Indubium itaque eſt, ingentem huius doctrinæ recte intellectæ & applicatæ eſſe uſum. Sed hic eſt communis fere eruditorum nævus, quod illa, quæ bis aut ter in ſeculo obtingere ſolent, magno ſudore tractent, & ſubtiliſſime de illis diſputent, negli-

 gli-

Digitized by Google

gligentes e contrario illa, quæ ubivis obvia ſunt, & quotidianam ut ita loquar præſtant utilitatem, quaſi ſcilicet talia objectum minus dignum meditationum conſtituant, quippe quæ non niſi lata & non ubivis obvia intuentur. Inde etiam factum eſt, ut hæc doctrina hactenus parum feliciter pertractata fuerit, præſertim eam interpretes Juris Romani magis de concluſionibus, quam de fundamentis genuinis, & origine pretii fuerint ſolliciti, deſtitui quippe principiis moralibus ex Jure Naturæ & natura ipſius rei deſumendis. Jam vero experientia hactenus docuit, quantam jacturam perpeſſa fuerit Juriſprudentia Noſtra ex neglectu hujus obſervationis, contra vero quantum lumen & incrementum ei acceſſerit, poſtquam fundamenta ex ipſa rerum natura ſolicite indagata, & ex hiſtoria genuina de origine rerum deducta fuerunt. Sicuti enim vera fundamenta in moralibus pariter ac in Phyſicis haberi & cognoſci non poſſunt, niſi in hiſtoriam de origine rerum accurate inquiratur, ita & Jurisprudentiæ Romanæ tradita non aliter ad vera ſua revocari poſſunt principia, quam per hanc quam dixi methodum. Id quod Dn. Præſes paſſim *in Juriſprudentia Divina*, imprimis *cap. de Dominio & rerum pretiis*, ut & *de Societatibus* ad oculum demonſtravit.

§. III. Sed ne gratis hæc dixiſſe videar, excutere & in medium producere hic poſſem omnes, quotquot de æſtimatione & pretiis rerum inter ICtos hactenus ſcripſere: ſed ne iis tempus inſumendo a ſcopo meo abducar, ſolummodo in ſcenam prodeat Andreas Dinnerus *de juſto rerum pretio definiendo*, cujus meditationes non adeo quidem diffuſſæ, ita tamen comparatæ ſunt, ut ſi vel aliquoties eas legeris, nil niſi ſeriem confuſarum cogitationum inde colligere poſſis. Nam ubi inquirit, quodnam juſtum ac verum pretium rerum in jure dicatur, pro fundamentali propoſitione hanc ponit regulam: *Verum pretium appellatur, quod emtorem invenit, ſive quo res vendi atque comparari communiter ſolet*, vel: *Tanti res valet, quanti vendi poteſt homini ſcienti qualitatem rei.* Idem eſt, ac ſi dicere vellem: ille verus homo eſt, qui communiter pro tali haberi ſolet. Vides obſcurum per æque obſcurum explicari. In quo enim, quæro, ſe fundat illud *communiter*, ſeu cur res pro hoc vel illo pretio communiter comparatur? Cur tanti homini ſcienti qualitatem rei venditur? Antequā enim

id

id perſpicue fuerit declaratum, æque ambigue hæremus in fundamento pretii, quam ſi nihil fuiſſet dictum. Deinde ſi illud pretium verum exinde dijudicare volumus, quod emtorem invenit, certe quodlibet pretium eſt verum, quia nulla res tam vilis eſt, quæ non ſuum emtorem inveniat, & ita ſunt fruſtraneæ omnes contentiones de juſtitia pretii. Quodſi enim res invenit emtorem, ſemper dicere poſſemus, ſecundum hanc regulam, pretium verum eſſe. Æque infirma & jejuna eſt altera regula, qua aſſerit, *juſtum pretium eſſe nihil aliud, quam quantitatis æqualitatem, qua pecunia, cujus publica & perpetua aſt æſtimatio, difficultatibus permutationem ſubvenit.* Sed rurſus quæro: in quonam illa æqualitas quantitatis conſiſtat? Unde æſtimanda? cur majorem ſummam pecuniæ ſolvam pro adamante, quam pro alio quodam Cryſtallo? Voluit deinde fundamentum hujus æqualitatis quoddam ſtabilire, ſed revera nos obruit ſua liberalitate, dum loco unius generalis fundamenti plures conglomerat caſus, in quibus tamen rurſus anceps hæres, cur hoc in caſu creſcat pretium, in altero vero minuatur. Cum igitur parum noſtro ſcopo inſervire poſſit hic Author, ipſium abire jubemus.

§. IV. Equidem & Grotius in aureo *de jure Belli & Pacis* opere *L.2. c.* 12. §. 14. doctrinam hanc de pretiis tangit, ſed revera tantum tangit, h. e. ſuperficiarie tantum pertractat, neque enim pretia varii generis inter ſe diſtinguit, & indigentiam tanquam principale fundamentum pretii ſubſtituit, quod tamen nec adæquatum nec verum eſt. Multis enim carere poſſumus rebus, quæ tamen maximo in pretio habentur, & contra neceſſariis rebus ſæpe indiget aliqua civitas vel provincia, quæ tamen aliunde non adeo magno acquiruntur pretio. Addit deinde ceterorum more alia fundamenta, quæ tamen particulares tantum caſus reſpiciunt, cum fundamentum adæquatum & univerſale ſubſtituendum erat. Reaſſumſit poſtea hanc doctrinam B. Puſendorfius *de J. N. & G.* & peculiari capite, videlicet *L. V. c. I.* illam fuſius & plenius perſecutus eſt, felicior in eo Grotio, quod varia pretii genera inter ſe diſtinxerit, & ex origine ſua rem deduxerit, quavis & quoad fundamentum

 tum

Digitized by Google

tum ipſum pretii in multis communem doctrinam ſequatur: collocat enim illud in aptitudine rei vel actionis, qua aliquid mediate vel immediate conferre poteſt ad vitæ humanæ neceſſitates, aut ad eandem commodiorem aut jucundiorem reddendam. Sed quanquam neceſſitas & commoditas rei movere poſſint contrahentes ad acquiſitionem earum, hæc tamen parum faciunt adderminationem pretii, de qua unice hic quæſtio eſt. Quid enim, numme hac ratione res neceſſariæ in majori forent habendæ prætio, quam res commodæ, & hæ, quam jucundæ, id quod tamen contra experientiam eſt, cum conſtet annonaam vilius emi quavis gemma, vel unione. Quid quod fatente ipſo Pufendorffio § 5. dentur res quædam vitæ humanæ utiliſſimæ, quibus tamen nullum eſt impoſitum pretium.

§. V. Emendare itaque hanc inſtituit Dn. Præſ. in *Juriſprud. Div. L. 2. c. 11.* tum ſimul in veram originem pretii inquirendo tum genuinum ejus fundamentum oſtendendo. Quod ad originem attinet, hoc certum eſt, quod ſi homines in communione primæva in qua protoplaſtos conſtitiſſe evicit Dn. Præſ. *L. 2. c. 10.* perſtituiſſent, ſine dubio nec æſtimationis, nec pretii ulla fuiſſet habita ratio, cum quilibet rebus in commune poſitis uti proprio jure, nec introduci aliquod pretium potuiſſet, quod extra communionem in proprietate ſingulorum eſſe debuerit. Poſtquam itaque dominium introductum, & refrigeſcente inter homines propter lapſum amore a communione receſſum eſt, humanæ neceſſitates & indigentiæ ortæ ſunt, aucto præſertim genere humano, & ſimul luxuria & ambitione incrementa capientibus. Ad has neceſſitates ſupplendas non aliud ſupererat remedium, quam commerciorum introductio, vi quorum res inter ſe commutari, & indigentia ita alterius, ex alterius gentis ſuperfluo ſuppleri debebat. Quamvis enim nulla regio tam inhabitabilis & infelix eſſe deprehendatur, quæ fructibus ſoli proprii incolas alere non poſſit, modo ſecundum regulas naturæ, quæ paucis contenta eſt, vivere vellent, cupiditas tamen rerum ſuperfluarum & avaritia, quæ ad res multas poſſidendas homines inſtigat, eosdem ſimul inpuxit, ut animum ad commercia applicarent. Quo ſenſu itaque commercia poſſunt dici a ICto in *l. 5. ff. de J.* &

& *J.* Juris Gentium? Id quidem non adeo obſcurum eſt, quippe non aliter Juris gentium ſunt commercia, quam quatenus jus gentium denotat mores totius humani generis corruptos & ex dictamine corruptæ rationis ortos. Dn. Præſ. *Diſp. de Jure Stat. Imper. dand. Civit.* §. 14.

§. VI. Introductis commerciis, frequenter contingere poterat, ut commutarentur diverſæ eſſentiæ, & cum tamen quilibet æquivalens accipere vellet, neceſſitas rurſus fecit, ut conventione aliqua ab hominibus rebus imponeretur affectio quædam, ſecundum quam res diſparis naturæ invicem comparari & exæquari poſſent. Pufend. *cit. l.* §. 1. Dn. Præſ. *Jurispr. Div. cit. l. n.* 2. Exæquari autem poſſunt res vel ſecundum quantitatem moralem, cum res æſtimari poſſint non ſolum ſecundum ſubſtantiam Phyſicam, ſed etiam ſecundum conſiderationem quandam moralem, quamvis Logica Ariſtotelica hanc quantitatem ignoret. Quantitas illa moralis rerum & actionum, quatenus in commercium venire poſſunt, eſt illud ipſum, quod jam quærimus, ſc. PRETIUM, quod ſecundum hanc conſiderationem, nihil aliud eſt, quam *valor rerum & actionum in commercium venientium, quatenus uſum aliquem & delectationem hominibus afferunt*, in hoc enim finem commerciorum eſſe poſitum jam diximus. Dn. Præſ. *cit. l. n.* 4.

§. VII. Variat hoc pretium pro conditione & corruptione humana. Hinc ſtatim duo genera pretii obvia ſunt, aliud enim eſt *vulgare*, quo res inter ſe quæcunque conferuntur, & commodantur. Aliud *eminens*, quod quaſi res omnes cœteras æſtimat, & ad quod cætera omnia pretia vulgaria exiguntur, ita ut virtualiter in eo contineantur, & dicitur nummus. Vulgare pretium in permutationibus conſpicitur, & antiquius eſt ipſo eminenti, fatente ipſo Paulo *in l. 1. ff. de contrah. emt*, & Ariſtotele *1. Polit c. 6. Olim*, inquit Paulus, *non ita erat nummus, neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, ſed unusquisque ſecundum neceſſitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut, quod alteri ſupereſt, alteri deſit. Sed quia non ſemper, nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes, quod ego deſiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles*;

ele-

Digitized by Google

electa materia eſt, cujus publica & perpetua æſtimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis ſubveniret, eaq; materia forma publica percuſſa uſum Dominiumque non tam ex ſubſtantia præbet, quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, ſed alterum pretium vocatur.

§. VIII. Complectitur, his verbis ICtus hiſtoriam de origine utriusque pretii, ſed cauſam introducti pretii eminentis minus feliciter eruit. Difficultatum ſublevandarum cauſa illud eſſe introductum arbitratur, quam cantilenam etiam ingeminat Philoſophus *cit. l.* ſed non exprimit originem iſtarum difficultatum. Si enim tantæ difficultates in permutationibus occurrunt, cur quæſo olim non ſtatim nummus introducebatur? Ergo difficultates hæ ſine dubio ſupervenerunt increſcentibus hominum cupiditatibus & luxuria. Quamdiu enim homines in ſimplicitate primæva, quæ non vitium, ſed virtutem deſignat, ſubſtiterunt, vulgare pretium nullas habuiſſe videtur difficultates, id quod Tacitus *de mor. Germ. c. 5. n. 6.* fatetur, inquiens: *Proximi ob uſum commerciorum aurum & argentum in pretio habent, formasque quasdam noſtræ pecuniæ agnoſcunt atque eligunt: Interiores (Germani) ſimplicius & antiquius permutatione mercium utuntur. Et c. 15. n. 4. Gaudent præcipue finitimarum Gentium donis, quæ non modo a ſingulis, ſed publice mittuntur; electi equi, magna arma, Phaleræ torquesque. Jam & pecuniam accipere docuimus.* Vides itaque ex verbis Taciti, Germanos antiquos, quamdiu in ſimplicitate perſtiterunt, absque omni difficultate permutationes exercere potuiſſe. Aſt poſtquam luxuria & ambitio Romanorum penetraverat etiam in intimam usque Germaniam, poſtquam cupiditas plura poſſidendi eos invaſerat, tum demum pretii eminentis cœpit aliquis inter eos eſſe uſus. Latius & expreſſius id ipſum explicat Conring. *diſp. de urbib. Germ. th. 78.* inquiens: *Priſci Germani nulla opum cupiditate, nullo luxu, rudi tecti vellere, & cibo ſimplice, lacte, caſeo, agreſtibus pomis, recenti fera contenti, vitam omnem in ſtudiis rei militaris tranſegerunt. Eoq; commodius fuit diſcretis ac diſperſis ædibus habitare, ut fons aliquis, ut campus, ut nemus maximo poterat uſui eſſe quod ita nihil poſſent ſuæ deſiderare beatitati. Nec peregrinæ mercaturæ ergo tunc locus vilia tantũ & obvia petentibus & nulio opum honore, opificia vero pene omnia exularunt, luxuriæ ſc. & mollis vitæ inſtrumenta. At*

poſt

poſtquam veſtis elegantior & lautior cibus & domus ſplendidior, mutatis Romana conſuetudine moribus paulatim cæpit allubeſcere, creſcit neceſſario artificum copia & mercatura ad exteros extenſa eſt. Hinc opum cupido & rationes variæ excogitatæ faciendi nummi, inde tandem non elegans amplius vita, ſed luxurioſa pretio &c.

§. IX. Sicuti itaque, quo magis vivendi ratio eſt ſimplicior, eo facilius in vulgari pretio ſubſiſtit: Ita e contrario, quo magis vita ad luxuriam & infinitas commoditates propendet, eo minus absque pretio eminenti eſſe poteſt. Unde non mirandum, quare permutationes inter eos, qui ruſticam vitam agunt, ſint frequentiores, quam qui civitates in habitant. Cum enim præprimis illæ commoditatem & luxuriam ſectentur, & cives ſecundum plures, eosque variantes, ſtatus dividantur, quorum Plurimi vitam plane tueri nequeunt, ſi a pretio eminenti, luxuria & commoditate abſtrahas, ſequitur, ut hoc pretium inprimis in civitatibus dominetur. Quomodo enim mercatores varii generis, quomodo tot ſartores & ſutores, tot alia luxuriæ noſtræ inſtrumenta, poſſent ſe ſuosque alere, ſi eminens illud pretium in civitatibus deeſſet. Atque ita fieri aliter non poteſt, quam ut difficultates ex permutationibus oriantur, quæ tamen non ipſi permutationi, ſed luxurioſæ hominum vivendi rationi merit adſcribendæ.

§. X. Jam ulterius inquirendum in fundamentum pretii variantes, & unde modo creſcat, modo decreſcat. Commune proverbium eſt: *omne rarum carum.* Non forſan aberrabimus a via, ſi hic ſubſiſtamus & fundamentum pretii, prout communiter inter homines conſideratur, a ſola *raritate* deducamus. Et quidem ratio hujus rei in proclivi eſt. Ambitio enim hominum illa æſtimare ſolet, quæ cum paucis habitura eſt communia, contra eidem vile eſt, quicquid intra cujusvis ſupellectilem cernitur. Pufend. *Lib. 5. c. 1. § 6.* Avaritia omnium rerum ſolitariam poſſeſſionem ambit, & cum invidia conjuncta eſt. Quo rarior autem eſt res ab avaro poſſeſſa, eo minor cauſa aliis eam invidendi, eo majus invidiæ & avaritiæ irritamentum, ſi tertius eam poſſideat; Luxuria denique gulæ ſuæ bene eſſe ex varia ſæpe opinione putat, ſi rariſſimis deliciis, vinis, eſculentis ſe paſcere poſſit. Quorſum ergo te vertas, raritas ubique

eſt in pretio. Et hanc eo magis pro fundamento pretii agnoſcimus quod omnes reliquæ cauſæ, quæ pro intenſione & remiſſione pretii vulgo afferuntur, ad hanc tanquam ultimam cauſam reduci poſſint. id quod per ſingula capita eundo facile oſtendemus. Paulus in *l. pretia 63. §. 2. ff. ad L. Falc. nonnullam varietatem pretio afferre* dicit *loca temporaque: nec enim*, pergit, *tantidem Romæ & in Hiſpania oleum æſtimabitur: nec continuis ſterilitatibus tantidem, quanti ſecundis fructibus: dum hic quoque non ex momentis temporum, nec ex ea, quæ raro accidat, caritate pretia conſtituantur.* Quid vero, quæſo, variat pretium pro locorum & temporum diverſitate, niſi raritas & ei oppoſita copia? Nec hoc diffitetur ipſe JCtus, ſi modo ad exemplum datum reſpicere velimus. Unde varie in jure noſtro recurritur ad æſtimationem loci & temporis, quando de æſtimatione præſtanda quæſtio movetur. vid. *l. 3 §. 3 l. 21. §. 3. ff. de act. emt. vend.* id quod ex *l. 3 ff. de eo quod cert. loc.* clarius apparet. ubi ſimplicius JCtus ait: *Scimus, quam varia ſint pretia rerum per ſingulas civitates, Regionesque.* Sed tamen propterea locus & tempus fundamentum variationis genuinum non ſunt, ſed raritas vel copia, quæ locum & tempus comitatur.

§. XI. De cætero ex aliis circumſtantiis quoque remitti & intendi pretium ſtimant, quo referunt pecuniæ caritatem & copiam, copiam emtorum & inopiam, locum rei ſitæ, tempus pacis & belli fructuum perceptionem, ſecuritatem pretii, bonitatem nummi, paratam vel anticipatam ſolutionem, culturam prædiorum, vicinitatem, copiam rerum ſimul venditarum, expenſas, periculum, dignitatem rei annexam, ſubtilitatem & elegantiam artis, famam artificis, dignitatem agentis &c. Verum facili negotio hæc omnia ad raritatem reduci poſſunt. Nam & locus rei ſitæ poteſt eſſe rarus, v. g. in foro, in platea, ubi ſedes Regia eſt. Tempore belli pecunia rara, emtores rari propter inſtans periculum. Quo rariores fructus ex fundo percipiuntur, eo carior ipſe fundus. Securitas pretii fere in mundo rara eſt, quia rara inter homines fides. Nummi bonitas, hodie præſertim, rara avis, quia pecunia depravata ubique deprehenditur. Rarior anticipatio ſolutionis: Nam plerumque fides habetur de pretio inter contrahentes. Agrorum optime cultorum minor certe copia quam incultorum. Et vicini boni quo-

que

que rari. Qui periculum in ſe ſuſcipit, certe id facit, quod non quotidie fieri ſolet & ordinarie. Paucioribus prædiis ſeu caſtris adhæret jurisdictio, jus patronatus aliaque dignitas, pleraque ſunt absque omni dignitate. Subtilitas & elegantia artis admodum rara, rari boni artifices: Rari agentes in ſingulari conſtituti dignitate. Subſtituamus itaque loco tot tantarumque cauſarum unicum generale pretii fundamentum ſcil. *raritatem.* Neque vero muto, ſi mihi objicias, ſapientiam eſſe valde raram inter homines, non tamen caram: Nam regula noſtra, quod omne rarum carum ſit, tantum intelligenda eſt de rebus vanis, & ad luxuriam ambitionemque hominum ſpectantibus: uno verbo, quæ ſunt in commercio. Et ſic ſimul fontem aperimus, quare gentes communiter nummum pro pretio eminente habuerint. Raritas metallorum, ex quibus nummus conficitur, potiſſimum facit, ut multis aliis rebus æquivalere poſſint, & ſic easdem per eminentiam quaſi metiri. Dn. Præſ. *Jurispr. Div. l. 2. c. 11. n. 43.*

§. XII. Cæterum alia quoque eſt conſideratio pretii viventium in ſtatu naturali, alia in civili: In ſtatu naturali quidem præcepta de vitanda ſuperbia & officiis humanitatis præſtandis exigunt, ne rem noſtram ad alterius comparatam magis æſtimemus quam rem alterius eiusdem qualitatis & bonitatis: Sed cum talia præcepta jus perfectum non producant, & exhibitio officiorum humanitatis multas præſupponat circumſtantias, non adeo ſemper in ſenſus incurrentes, hinc, ſi quidem licentiam exteriorem reſpicere velis, licet cuique pro affectu ſuo rem ſuam æſtimare, modo res non ſit fungibilis ejusdem ſpeciei, & huc videtur reſpexiſſe Ulp. in *l. 16. §. 4. ff. de minor.* quod in pretio emtionis venditionis liceat contrahentibus naturaliter ſe circumvenire, h. e. quod in ſtatu naturali affectio ementium & vendentium pretium faciat, adeoque licitum ſit pro re ſua magnam pecuniæ ſummam poſtulare, ſicuti contra emtori haud denegatum eſt longe minorem eidem offerre, ut adeo *l. 2. C. de Reſcind. Emt. & vend.* mere poſitiva ſit. Aſt vero parum hac ratione conſuleretur commerciis: Hinc non ſine ratione inter gentes receptum videtur, ut ſinguli ſe accommodent judicio plurium, & illam æſtimationem pro æquiori reputent, quam ſui ſimiles in negotiis ſimilibus adhi-

Digitized by Google

bere ſolent, id quod *pretium commune* dici ſuevit. vid. Dn. Præſ. *cit. l. n.* 24. Verum iis, qui in ſtatu Civili vivunt, non eadem eſt relicta libertas rem ſuam pro lubitu æſtimandi, ſed utilitatis ratione recte ab Imperatore hæc reſtricta eſt. Vid. hic *l.* 63. *ff. ad L. Falcid.* ubi Paulus inquit: *Pretia rerum non ex affectu, nec utilitate ſingulorum ſed communiter fungi.* conf. *l.* 33. *ff. ad L. Aquiliam.* Et cum affectionem ſingulorum ex variis cauſis merito leges circumſcribant, hinc rariora pretii affectionis exempla in jure noſtro occurrunt. Remanſit tamen nihilominus in pluribus adhuc cauſis pretium illud commune, quatenus per leges non eſt taxatum, ſed quatenus quis in permutanda re ſua utitur æſtimatione conſueta aliorum.

§. XIII. Et hoc intuitu pretium aliud eſt affectionis late ſic dictum, aliud legitimum, hoc eſt quod princeps, vel ex ejus conceſſione magiſtratus ſubalternus determinat ad lites præſcindendas, & potiſſimum uſum habet in rebus fungibilibus: quo pertinet *l.* 1 §. 2. *ff. de offic. præf. urb.* ubi præfecto urbis adſcribitur cura carnem æſtimandi, ut juſto pretio præbeatur. Et hoc pretium nullam habet latitudinem, ſed fere in puncto conſiſtit & quantocunque exceſſu injuſtitia committitur. Puſend. *de J. N. & G. L.* 5. *c.* 1. §. 8. ita ut venditori non liceat ab emptore ultra taxam aliquid exigere, & emtor id quod ultra datum eſt, tanquam indebitum repetere poſſit. Illud vero rurſus diſtingui poteſt in pretium commune, & pretium affectionis ſtricte dictum: Pretium commune determinatur ad conſuetam æſtimationem aliorum, & pro fundamento, *ut* §. 10. *ſeqq.* evictum, *varitatem* habet. Cum enim ſæpius in iis rebus ubi pretium commune locum habet, multæ circumſtantiæ pretium augentes vel diminuentes, de quibus §. *l.* concurrant, illæque infinitis modis variare poſſint, princeps non potuit leges certas de pretio eorum rerum ſtatuere, ſed determinationem arbitrio communi contrahentium debuit relinquere, hinc etiam latitudinem aliquam hoc pretium admittit, quæ tamen & ſuis conſtricta adhuc eſt limitibus: Sic tres communis pretii poſſunt conſtitui gradus, *infimi* ſeu pii, *mediocris* ſeu moderati, & *ſummi* ſeu rigoroſi, quorum graduum latitudo non tam exacte a legislatore determinari poteſt: Interim ſi intra illos gradus ſubſiſtatur, pretium adhuc eſſe dicitur juſtum. Dn. Præſ. *cit. l. n.* 45.

Digitized by Google

n. 39. Pretium autem affectionis ſtricte dictum eſt, quando res quædam non ſecundum communem hominum æſtimationem, ſed peculiari ex affectu, inter homines tamen probato, æſtimatur.

§. XIV. Liquido hinc apparet, magnam inter pretium commune & affectionis ſtricte dictum eſſe differentiam, cum illud communem hominum ſectetur affectionem: hoc vero ſingularem & peculiarem hujus vel illius hominis. Neque hanc ignorat Jurisprudentia Romana. Sic in *l. 54. pr. ff. mand.* affectus rationem in b. f. Judiciis habendam eſſe aſſeritur. *in l. 33. ff. ad Leg. Aquil.* pretia rerum, quæ communiter funguntur, opponuntur iis, quæ ex affectione dependent, quod etiam JCtus repetit in *l. 63 pr. ad L. falcid.* Similiter affectionis ratio habetur in *l. 7. de Serv. export.* eoque nomine ibidem actio conceditur. Clarius adhuc opponitur pretium commune pretio affectionis *in l 36. de bon. libert.* conf *l. 24. C. de admin. tut. & l. 14. C. de contr. Emt. Vend.* Et totum titulum de in litem jurando de quo tamen pluribus infra cap. tertio.

§. XV. Cum itaque duplex pretium affectionis late & ſtricte ſic dictum deprehenderimus, facile apparet, nobis tantum eſſe ſermonem de pretio affectionis ſtricte ſic dicto, quando oſtenſuri poſtea ſumus, pretium affectionis non cadere in res fungibiles. Nam in pretio communi regula noſtra haud locum habet; ſæpe enim nimia affectio voluptuoſorum in loco luxurioſo, ſæpe affectio ambitioſorum & ſuperbientium in rebus etiam fungibilibus raritatem inducit, ut ita pretium ejus augeatur, adeoque pretii communis intuitu etiam in res fungibiles caderet affectionis pretium.

§. XVI. Quoniam vero ſenſum noſtræ regulæ non recte poſſumus intelligere, niſi etiam conceptum rerum fungibilium enucleaverimus, paucis quædam de illis dicemus. Res vulgo dividuntur in fungibiles & non fungibiles. Fungibiles dicuntur, quæ magis in genere ſuo functionem recipiunt, quam in ſpecie *l. 2. §. 1. ff. de Reb. Cred.* Non fungibiles, quarum una non fungitur vice alterius: ita communiter. Sed cum nondum ſatis perſpicuæ ſint hæ definitiones, licet ex legibus videantur petita (nam mire diſſentiunt Doctores, quid ſit functionem recipere, vid. Herm. Vuld. *Diſcrpt. Scholaſt, c. 14.* Marc. Lyclamæ Membranar. *L. 7. Ecl. 14*) hinc expli-

Digitized by Google

cationem ulteriorem requirunt, ſcilicet, quædam res ita ſunt comparatæ, ut ſi iis abſumtis aliæ res ejusdem bonitatis & quantitatis in eodem genere, (ſecundum ſenſum juridicum, vel in eadem ſpecie, ſecundum ſenſum philoſophicum,) reſtituantur, perinde in commerciis humanis habeatur, ac ſi eædem in ſpecie ſeu individuo reſtitutæ fuiſſent: quædam vero non ſunt ita æqualis æſtimationis, naturæ & conditionis, ut idem poſſit dici reſtitutum, ſi aliud individuum ejusdem generis præſtetur, non apparet in equis, bobus, &c. quorum alterum corpus non fungitur ita vice alterius, ut idem videatur equus reſtitutus, ſi alium equum ejusdem bonitatis mihi reſtitueris, nam hic ſingula individua inter ſe differentiam quandam & diverſitatem admittere videntur. Hinc dicuntur illæ fungibiles, quod eorum unum ejusdem ſpeciei individuum fungatur vice alterius in commerciis rerum. Quod autem altera res fungatur ita vice alterius, neceſſitas & ipſa rerum natura poſtulavit, cum uſus earum conſiſtat ordinarie in abuſu, adeoque alteri concedere uſum aliter nequeo, quam cum facultate abſumendi. Dicuntur etiam hæ reſpondere numero & menſura conſtantes *l.* 2. §. 3 *ff. de reb. cred.* Non quod quælibet res, quæ pondus, numerum & menſuram habet ſimul fungibilis ſit, ſed quod illæ, quæ fungibiles dicuntur, non aliter in commercium veniant, non aliter certum contractus alicujus objectum fiant, non aliter determinentur, quam per numerationem, menſuram & pondus, alioquin enim & res non fungibiles ſuam habent quantitatem, pondus, numerum & menſuram, ſed non veniunt in commercium ſecundum quantitatem, numerum &c. e. g. equi, boves, fundi &c. Paucis, res fungibiles conſiderantur ut corpora juridica, non fungibiles ut quantitates juridicæ. conf. Vult. *Diſcept. Scholaſt. c. 10.*

§. XVII. Conſiſtit itaque propria affectio rerum fungibilium in eo, ut uſu conſumantur, quæ conſumtio in iure duplex eſt, vel naturales vel civilis. Naturalis contingit vel in rebus, quæ ipſo uſu ſtatim abſumuntur, ut in cibo, & potu uſu venit: vel in rebus quæ alias corruptioni facile obnoxiæ, quo pertinent, quæ ſervando ſervari non poſſunt.

§. XVIII.

Digitized by Google

§. XVIII. Inter has tamen quæ ſervando ſervari nequeunt, occuurit quædam differentia: aliæ enim ad res fungibiles referuntur, aliæ ad res non fungibiles; illarum exemplum ſunt v. g. fructus arborum, qui, etiamſi non comedantur, facile tamen putreſcunt, has intelligo, quæ ipſo uſu atteruntur, vel etiam abſque uſu ſalvæ & integræ eſſe nequeunt, etſi non plane intereant, ut veſtimenta, ſupellex fictilis &c. Non videtur intellexiſſe vel ſaltem attendiſſe Tribonianus hanc diſtinctionem, dum veſtimenta ad quaſi uſumfructum, qui ſcil. eſt earum rerum, quæ uſu conſumuntur, retulit, craſſo ſatis errore *in* §. 2 *J. de uſufr.* Neque enim ipſo uſu conſumuntur veſtimenta, licet quodammodo atterantur, cum attritio non ſtatim faciat res fungibiles, alioquin eadem ratione dicendum eſſet, mobilia fere omnia atque utenſilia, præſertim lintea, ut mappas, mantilia, toralia, &c. eodem numero habenda, atque veſtimentorum, ita & harum rerum non verum, ſed quaſi uſumfructum eſſe: quod nemo ſane dixerit. Imo etiam ratio rerum fungibilium reſiſtit, cum veſtimenta ad illas res referri nequeant, quarum altera fungitur vice alterius, quod tamen de eſſentia rerum fungibilium eſt: Adeo que veſtimentorum non erit mutuum, ſed commodatum, id quod nec diſſentientes diffitentur. Hinc & JCti veteres Triboniano longe prudentiores veſtimentorum verum uſumfructum eſſe voluerunt. Nem Ulpianus diſerte *in l.* 15. §. 4. *de uſufr.* aſſerit, ſi veſtimentorum uſusfructus legatus ſit, dicendum eſſe, non ſicut quantitatis uſumfructum legari, h. e. non eſſe veſtimentorum quaſi uſumfructum, uti quantitatum, adeoque ita eum uti debere, ne abutatur: quod omnino admitti deberet, ſi vaſtimentorum eſſet quaſi uſusfructus. Neque vero tollitur hæc antinomia per vulgatam diſtinctionem inter veſtimenta quotidiana & ſcenica ſeu lugubria, ita ut horum quidem verus, illlorum quaſi uſusfructus conſtituatur, nam de utroque caſu intelligendum eſſe JCtum, ex ipſo contextu apparet. Etenim in *cit. loc.* §. 4. prohibetur uſufructuarius veſtimenta locare, quod vir bonus ita non utatur: hoc vero ſine dubio de veſtimentis quotidianis intelligendum. Nam in §. 5. *ſeqq.* agit de veſtimentis funebribus & ſcenicis, & hic demum locationem indulget. Quod ſi ergo § 4 eſſet intelligendus de hiſce veſti-

ſtimentorum generibus, revera eſſet contradictio inter §. 4. & 5. quod admitti nequit. Accedit quod ratio a ICto addita etiam in veſtimentis quotidianis locum habeat, ſc. ita debere uſu fructuarium veſtimentis uti, ne abutatur, uſusfructus enim ſe componit ad naturam objecti, unde & JC us *in l. 9. §. 3. ff. uſufr. quemad. caveat.* notanter ait, attritionem ſine dolo malo factam non nocere. Ex hiſce difficultatibus nec Bachov, *ad Treut. t. 1. diſp* 16. *lit. a.* ſe extricare potuit, hinc ingenue fatetur, vel erratum eſſe a Triboniano, vel metonymice veſtem pro lana poſitam eſſe: aſt poſterius contortum eſt, hinc ut prius aſſeramus, neceſſitas exigit. *conf. huber. ad Inſt. tit. de uſuf. & Vinn. ad. Inſt. ibid.* Videant jam ſubtiles antinomiarum conciliatores, quo pacto hanc antinomiam veram, & non apparentem, velint tollere: videant illi, qui diſputant, utrum Inſtitutiones derogent Pandectis? (quod regulariter arbitror) an & hic derogent, quod non puto, quia Tribonianus non habuit animum corrigendi tradita JCtorum, ſed bona fide ex ignorantia principiorum Juriſprudentiæ hic erravit.

§. XIX. Civilis conſumtio eſt earum rerum, quarum quidem ſubſtantia non abſumitur aut eſſe deſinit, uſus tamen conſiſtit in alienatione. Hoc reſpectu & fructus a. b. f. poſſeſſore conſumti dicuntur illi, qui quovis modo alienati. Sic pecunia ita dicitur conſumi, quoties exſolvitur. *vid. Dd. ad §. ſi quis a non Domino 35. Inſt. de R. D.* Hoc pertinent omnes aliæ alienationes, permutationes, in ædificatio, aut artificialis ſpecificatio. Nam & per ſpecificationem materia alterius, ex qua nova ſpecies facta, extincta videtur, & per ædificationem ex aliena materia, ipſa digna videntur eſſe conſumta, tum vindicari nequeant, ſed tantum detur actio de tigno juncto.

§. XX. Secundum hanc conſiderationem res fungibiles ſunt duplicis generis: Quædam enim naturales & perpetuo tales, quædam vero arbitrariæ & pro deſtinatione hominum variantes. Illæ ſunt, quas regulariter aliter uſurpare nequeo, niſi conſumtione naturali vel civili, qualia exempla occurrunt in uvis, vino, tigno, pecunia &c. & in his conſiſtit regulariter mutuum, ut & quaſi uſusfructus: Hoc quidem non diffiteor, quod etiam certis in caſibus ali-

Digitized by Google

aliquando hæ res fungibiles alium præſtare poſſint uſum præter illum, qui in abuſu conſiſtit, veluti, ſi res, quæ uſu conſumitur, datur forte ad pompam vel oſtentationem. *l.3 §.ſ.ff. commod.*. vel ſi pecunia datur ut dicis gratia numerationis loco intercedat *l.4.ff eod* que caſu quidem non eſt mutuum ſed commodatum. Item ſi tignum alterius acceperim ad uſum momentaneum, veluti ad fuluiendas ædes &c. Sed hi caſus ſunt ſpecialisſimi raroque occurrentes, adeoque uſus hic merito pro extraordinario habendus: leges autem diſponunt de iis, quæ ut plurimum fiunt, & a potiori & frequentiori facienda denominatio.

§. XXI. Res fungibiles arbitrariæ ſunt, quæ pro diverſitate uſus inter homines variantis modo deſtinantur ad conſumtionem, modo non. Tales ſunt, quæ regulariter adhiberi, & aliis etiam ad uſum concedi poſſunt, ſalva manente ſubſtantia, ſeu absque conſumtione, interim tamen ſæpe etiam deſtinantur ab hominibus ad commercia & habentur vendendi cauſa, ut pleræque merces in tabernis, præſertim illæ res, quæ ab artificibus ideo artificio præparatæ ſunt, ut vendantur, veluti aratra, raſtra, currus, horologia, libri, ſeu compacti, ſeu non compacti in bibliopolis, & aliæ res infinitæ hujus generis. Sicuti itaque in rebus naturaliter fungibilibus ſola natura ipſius rei facit res fungibiles, ita in arbitrariis ſola deſtinatio artificis vel mercatoris tales conſtituit. Neque alias in Iure infrequens eſt, deſtinationem patrisfam. Idem operari, quod natura ipſa rei, cujus rei exemplum quoque eſt in rebus immobilibus, quæ vel ex natura ſua tales ſunt, vel etiam habentur pro talibus ex deſtinatione patrisfam. ad rem immobilem. vid. *l granaria 18. ff. de act. E. V.* Hahn. *ad Weſ. tit. de Rer. Div. n. 4. verb. niſi per interpretationem.*

§. XXII. Quatenus itaque deſtinatio hominum hiſce in rebus variat, & jus ipſum circa illas res variare neceſſum eſt, ita ut modo mutuum, modo commodatum in his rebus concipi poſſit. Sic v. g. a bibliopola poſſum libros etiam mutuo accipere, quia is deſtinavit eosdem ad commercia, ſeu ad conſumtionem civilem: ab iisdem ſtudiorum gratia utuntur, eos regulariter ſoleo commodato accipere &c.

Digitized by Google

§. XXIII. Quia autem non ſufficit aliquid ad conſumtionem eſſe deſtinatum, niſi ipſa res ita fuerit comparata, ut in rerum commerciis unum individuum poſſit fungi vice alterius, hinc non omnes etiam res, quæ mercatoribus deſtinatæ ſunt ad vendendum, ad mutuum referri poſſunt, quia hic ſolummodo obligor ad rem in genere, non in individuo reſtituendam, neque etiam ordinarie commodato ſolent dari, ſed potius vendi. Huc referendæ res ex ſingulari raritate conſpicuæ, veluti medicamentum rarum, & merces pleræque artificiales, diligenti ac artificioſo opera ſpecificatæ; veluti horologia, Inſtrumenta mathematica, inſtrumenta experimentis phyſicis inſervientia, aliaque.

§. XXIV. Interim, quia communiter res fungibiles, quæ vel uſu conſumuntur, vel ad conſumtionem civilem deſtinatæ ſunt, promiſcue uſurpari ſolent, liceat in materia noſtra voce rerum fungibilium tam late uti, ut etiam has res ſub ſe comprehendat, quia omnino certum eſt, intuitu mercatoris ſeu artificis, qui eas venales habet, nec in has cadere pretium affectionis, eo ipſo enim, dum eas venditioni exponit, animum ſuum tacite declarat, ſe nullam affectionem in rem ipſam habere, quam alioquin ſibi reſervaret.

§. XXV. Cum jam ſubjectum & prædicatum hujus noſtræ propoſitionis ſecundum ſua fundamenta enucleaverimus, nihil amplius ſupereſt, quam ut connexionis ſubjecti cum prædicato veritatem demonſtremus. Ipſa tamen denominatio pretii affectionis ſatis ſuperque oſtendit, illud oriri ex affectibus humanis, circa rem quandam concurrentibus. Sunt vero hi triplicis generis, *voluptas* ſcilicet, *avaritia*, & *ambitio*. Quod ſi nunc in examen revocamus caſus illos, quos communiter Dd. ad doctrinam de pretio affectionis congerere ſolent, patet, omnes illas circumſtantias, propter quas affectio circa rem adeſſe creditur, unice fundari in aliqua ambitione: v. g. quod res ſint donatæ a Principe. Ambitioſus enim nihil ipſa gratia principis antiquius habet. Etſi quidem leviſſimum fuerit, quod profectum eſt a Principe, ambitioſo tamen id inæſtimabile videtur. Primum illuſtris alicujus certaminis eandem affectionem producit, & licet vel coronæ gramineæ ut olim, vel ferreæ, aut quercinæ datæ, fuerint, tamen circumſtantia certaminis fortitudinis magnam affectionem operatur

ſatur vid. *A. Gell. Noct. Att. Lib. 5. c. 6.* Reliquias porro caſus alicujus inſoliti magnificare ſolemus, non ob alium finem, quam ut jactatione quadam multa de caſu illo inſolito & periculo in quo nos tanquam homines ſingulares ſervati fuerimus, aliis narrare poſſimus. Quæ a majoribus accepimus in magno etiam pretio habemus, antiquitas enim familiæ ambitionem auget, nam quo antiquior res eſt, eo antiquius præbet teſtimonium de antiquitate familiæ. Denique qui ope equi alicujus magnum evaſit periculum aut prælium cruentum, affectionem quandam in illum equum conjicere ſolet, ut ubique docere poſſit, ſe maximis interfuiſſe certaminibus, præliis & periculis, ex quibus ambitioſus ſibi laudem parat &c.

§. XXVI. In avaris & voluptuoſis non eadem affectio peculiaris circa res obtinere videtur. Avarus quippe unice & primario pecuniæ inhiat hanc auide deſiderat, hanc pro ſcopo habet, adeoque ſi hac potitus eſt ſecundum commune pretium, in reliquas res fere nullam habebit affectionem ſingularem, nec intereſt, an pecuniam a Principe, an vero ab alio vilis conditionis homine conſequutus ſit: aliquot nummi a Principe donati magis ipſi arrident, quam alia gratiæ & benevolentiæ teſtimonia, quia non illam primario intendit, ſed tantum habet pro medio perveniendi ad finem ſuum, ſc. addivitias, quæ tamen vere nihil aliud ſunt, quam felix amentia. Voluptuoſus quidem ſingulari etiam pretio affectionis æſtimat res non fungibiles, quas a ſodalibus ſuis, vel ab amaſia accepit, veluti linteolum aliquod, aut ligamentum, amoris teſtimonium, ein affections Bändgen ꝛc. Verum perſuaſiſſimnm, talia pretia non attendi a Judicibus. Ratio in promptu eſt: Voluptas eſt vitium, quod omnium repræhenſioni eſt obnoxium, adeoq; huic non ſuccurrunt, neque ei favent leges humanæ. Accedit, quod leges ferantur ab ambitioſis hominibus, h. e. ab hominibus in virili ætate conſtitutis, qui aliis dominantur, qui adeoque leges ingenio proprio valde indulgentes condunt, & ea quæ ipſis adverſa ſunt, condemnant. Voluptas res affectiſſima ambitioſo videtur: Hinc factum etiam medios inter Chriſtianos, ut ambitioni nomen virtutis attribuatur unde & fortitudo bellica,

chracter plerorumque ambitioſorum, apud Florum, Curtium, aliosque Scriptores Ethnicos nomine virtutis abſolute poſitæ denotatur, veluti *in hoc prælio virtus ejus emicuit.* De populo Rom Florus *lib. 2. c. 3.* ita: *utraque gente quaſi cote quadam populus Romanus ferrum virtutis ſuæ acuebat.* Sic Cæſar *L. 1. c. 36. de bello Gall. intellecturus eſt, quid invicti Germani virtute poſſint, &c.*

§. XXVII. Quicquid vero ſit de origine pretii affectionis, id tamen ex natura rei certum eſt, res fungibiles a nullo affectu pretio affectionis æſtimari poſſe. Avarus præter ipſam pecuniam nihil adeo in pretio habere ſolet, aſt cum de pretio affectionis ſermo eſt ſemper ſupponendæ ſunt res, pecuniæ ſeu pretio contradiſtinctæ, quæ in emtione venditione mercium locum ſuſtinere poſunt. Deinde affectionis pretium tantum cadit in certa dividua qua talia, verum avarus non tam individua æſtimat in pecunia, quam quantitatem ſeu valorem.

§. XXVIII. Idem judicium ferendum de ambitioſo & voluptuoſo. Neuter certe æſtimat ita res fungibiles v. g. Si Princeps amphoram vini dono alicui dederit; ſi virgo juveni cuidam poma aut alia eſculenta miſerit. Uterque enim de his ſolet alios participes facere jactationis vel oſtentationis gratia, vel certe mox tales res, conſumit.

§. XXIX. Conſiſtit enim natura pretii affectionis in eo, quod ſoleamus ea ſeravare, ut vanam inde captare gloriolam, & jactare nos poſſumus, de gratia Principis, de ſingulari favore patroni, de amicitia ſexus ſequioris aut alius hominis voluptuoſi, vel de antiquitate generis, vel de præſtantia noſtra, cum forſan inſtrumentum quoddam novum invenerimus, vel deſigno quodam peculiari providentiæ divinæ, quod nos in magno ſervaverit periculo, cujus rei memoriam hoc ipſo ad poſteros transmittere deſideramus. Jam vero ad hoc requiruntur res, quæ ſervando ſervari poſſunt, quales non ſunt res fungibiles.

§ XXX. At cæteras res medii generis, de quibus §. 18. actum, quod attinet, ex deſtinatione & uſu earundum apparebit, an pretium affectionis in eas cadere poſſit. Quodſi eadem ad quotidianum uſum adhibemus, teſtamur eo ipſo, quod in iis nullam habeamus

mus affectionem. In quibus enim rebus affectionem collocamus illas ſervare & cuſtodire, certisque tantum temporibus uſurpare ſolemus, ne præmutare atterantur aut corrumpantur. Quodſi itaque eas ſervemus & cuſtodiamus, jam etiam in illas affectio cadit etſi tempore alias ſint perituræ. v.g. ſi a Principe aliquo lintei quoddam genus vel veſtimenti donatum, aut ſi talia e naufragio ſervaverimus aut a majoribus noſtris ad nos rranslata acceperimus.

§. XXXI. Ex his itaque jam judicare poſſumus de rebus ipſis an & quatenus in eas cadat pretium affectionis. Sic indubie in vinum, oleum, frumentum, uvas, farinam & omnia eſculenta; medicamenta, maſſas argenteas, materias omnes fabrlies, chartas, tabulas, in quibus pingitur, pecuniam ipſam numeratam, non cadit affectio. De pecunia perſpicuus eſt textus *in l. 3. ff de in lit. jurand.* De tabula picturæ gratia comperata id nequidem diffitetur Dn. *ad* § *34. l. de R. D.* Cum Imperator ipſe huc videatur reſpexiſſe dicendo: Ridiculum eſſe picturam viliſſimæ tabulæ cedere, ut adeo pretium affectionis a tabula excluſiſſe videatur. Materiæ fabriles ut plurimum deſtinantur conſumtioni, & rarius accidit, ut talis ſit materia, quæ amplius haberi nequeat, in caſu tamen quo hoc probari poſſet, extraordinarie concedendum foret pretium affectionis.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

GAP. II.
DE
Uſu doctrinæ, quod pretium affectionis non cadat in res fungibiles.

SUMMARIA.

INvitus nemorem ſuam vendere cogitur. Ratio exiomatis, § I.
Leges id inculcantes. §. I.
Invito creditari aliud pro alio ſolvi non poteſt. §. III.
Quos modis aliud pro alio ſolvatur. §. IV.
Invitus quis vendere cogitur ſi id poſtulat utilitas publica. §. V.
Eadem utilitate publica ſuadente invitus creditor aliud pro alio accipere cogitur. §. VI.

 Ne-

Digitized by Google

Neceſſitas etiam facit, ut invitus rem ſuam vendere cogatur. §. VII.

Et ut creditor invitus aliud pro alio accipiat. §. VIII. IX.

Volentes autem, qui vendunt res ſuas, & aliud pro alio accipiunt, regulas illas non limitant, ſed declarant. §. X

Pretium in venditione invita, aut ſolutione alterius pro altero quodnam intercedat, aut commune, an affectionis? § XI.

Commune pretium requiritur in venditione voluntaria. §. XII.

Item ſi volens aliud pro alio accipiam. §. XIII.

Si invitus vendam ob utilitatem publicam, ſufficit pretium commune § XIV.

Huc pertinet conſtitutio l. 1. *C. de comm. ſerv. manum. (Medici ſervi. Eunuchorum majus pretium, quam Medicorum)* §. XV.

Si ex neceſſitate cogar rem meam vendere, vel aliud pro alio accipere propter culpam alterius ſufficit pretium verum. § XVI.

Si propter dolum, debetur pretium affectionis. §. XVII.

Quod ſi caſu res pereat, nullum debetur pretium. §. XVIII.

Quid juris ſit, ſi res mutetur & non plane intereat. §. XIX.

Limitantur dicta de pretio affectionis præſtando ſi res dolo interierit, 1) *ut non procedat in rebus fungibilibus.* §. XX.

Quodnam tempus pretii variantis in his rebus adſpiciat. §. XXI.

2) *Ut non procedant in rebus non fungibilibus, ſeu corporibus, ubi non afferri poteſt juſtus prætextus pretii affectionis.* §. XXII.

3) *Ubi de hoc prætextu judici per probationes veroſimiles fides non fuit facta.* §. XXIII.

§. I.

Occurrunt in jure noſtro duo Brocardica etiam Juſtinianeis primis nota, quorum prius eſt: *Nemo invitus ad vendendum cogitur:* poſterius vero: *Aliud pro alio invito creditori ſolvi non poſſe,* utrumque & rationibus ſuis & legibus certis innititur. Prior regula fluit ex vulgato principio, quod quilibet ſit rerum ſuarum moderator & arbiter, adeoque tanquam Dominus de rebus ſuis pro lubitu diſponere poſſit. *l.* 21. *C. mand.* Potiſſimus enim hic effectus adeo proprius dominii eſſe cenſetur, ut vulgo inde Dominium deſcribatur, quod ſit jus de re ſua pro lubitu diſponendi, quamvis hæc definitio inadæquata ſit. Iam vero pugnant

Digitized by Google

gnant inter ſe: habere liberam facultatem diſponendi de re ſua lubitu, & tamen cogi poſſe ad vendendum. Accedit, quod ipſa natura emtionis venditionis coactionem reſpuat, cum ſolo conſenſu perficiatur, adeoque quicquid obeſt conſenſui, obeſt etiam emtioni venditioni. Aſt quid magis obſtat conſenſui quam coactio? *L. 116. ff. de R. J.*

§ II. Reſcripſerunt hanc ob cauſam Imperatores *in l. 11. C. de contr. E. V. Invitum comparare vel diſtrahere poſtulantis deſiderium juſtam cauſam non continere.* Neque æquum eſſe dicit Paulus *l. 9. ff. de act. Rer. amot.* invitum ſuo pretio res ſuas vendere, imo idem *in l. 70 ff. de Rei vind. Rapinæ* inſtar eſſe dicit, invito Domino rem juſto pretio comparare, & Imperatores *in l. 14. C de contr. E. V.* gravem eſſe injuriam judicant, ut homines de rebus ſuis facere aliquid cogantur inviti, adeo ut ne quidem Judæorum libertas hac in re reſtringi debere legiſlatores voluerint in *l. 9. C. de Judæis.* Et quidem hæc omnia fluunt ex communi axiomate de obligationibus contrahendis, quod libera poteſtas unicuique ſit habendi & non habendi contractus, ut dicitur *in l. 5. C. de O. & A.* dum magis voluntatis & officii humanitatis ſit, quam neceſſitatis cum altero contrahere *arg. l. 7 §. 3. ff. commod.* Sicuti vero nemo ad vendendum, ita quoque nec ad emendum compelli poteſt *l. 16. C. de Jure delib.* Imo & hoc exinde deducitur. Si jam res noſtra ab altero retineatur, non tamen ex titulo Dominii tranſlativo quod invitis nobis illam alius retinere non debeat. *l. 25. §. 1. ff. ſolut. matrim.*

§. III. Altera regula: *quod aliud pro alio invito creditori ſolvi non poſſit*, itidem fundata eſt, tum in ratione, tum in legibus. Ratio certe vult, ut fides promiſſorum eo modo impleatur, quo conventum eſt: Qui autem aliud vult ſolvere, quam id quod eſt in conventionem deductum, a ſua parte obligationi non ſatisfacit. Accedit, quod in rebus non fungibilibus unum individuum non poſſit fungi vice alterius, unde qui non ſolvit id, quod promiſſum eſt, fidem pactorum non ſervat: ſic enim obligatio diſſolvenda, uti colligita eſt *l. 35. de R. J.* Et illud ipſum jam confirmat JCtus *in l. 2. §. ff. de Reb Cred. l. 98 §. 6. de ſolut. l. 16. C. eod.* Unde qui obligatus eſt ad ſolvendum, ſed alio modo ſatisfacere paratus eſt, non auditur nec pigno-

ra

Digitized by Google

ra ob debitum data ita liberantur *l. 6. §. 1. quib. mod. pig. vel. hypoth. ſolv.*

§. IV. Solvere autem aliud pro alio videtur 1) qui aliud individuum ſubſtituit, quam illud, quod in obligationem erat deductum, veluti, qui promiſit certum aliquem equum, non poteſt offerre ſolutionis loco alium equum. &c. ſicuti enim plus petere videtur, qui rem non petit eo modo, quo eſt in obligatione §. 33 *J. de act.* ita minus ſolvere videtur, qui aliam rem ſimilem ſubſtituere conatur. 2) Qui aliud genus ſubſtituit, quam quod debetur: veluti pro tritico vinum, aut hordeum pro tritico *l, 2, pr. ff. de Reb, Cred.* Struv. *Exerc. 16. th. 26.* modo etiam generis diverſitas revera adſit, ut morali quoque æſtimatione pro diverſis habentur generibus. Hinc qui dedit aureos nummos, & recipit argenteos, diverſum recepiſſe non videtur, cum in pecunia non tam corpus, quam quantitas conſideretur *l 1. ff. de cont. E. V.* modo etiam fuerint dati ut quantitas, non ut ſpecies: ſic enim ſufficit quod eadem quis quantitatem recipiat, aliud foret, ſi non quantitatem exſolvere, ſed nomen ſui debitoris in ſolutum dari vellet, quod invito creditori obtrudi non poteſt *l. 19. C, de ſolut.* 3) Qui aliud facit, quam ad quod erat obligatus: Unde liberatio non contingit facto diverſo pro facto ſoluto, ut dicitur in *l. 99. § 6 ff, de ſolut.* 4) Qui pro quantitate ſpeciem ſubſtituit, veluti, pro pecunia numerata ædes, agros, quod demum volente creditore admittitur *l. 17. C. de ſolut.* 5) Qui pretium pro re debita ſolvere intendit: Hic non auditur vendiotr, etiamſi vel maxime duplum pretii emtori pro re tradenda offerre velit. *l. 6. C. de Reſcind. Vind.* ſed præciſa neceſſitas rem venditam tradendi ipſi incumbit. §. 7. *J. de Donat.* cum in ſingularibus pretium non ſuccedat in locum rei. conf. Gail. 2. *Obſ.* 17. 6) Quo referri etiam poteſt, qui intereſſe pro illo, quod faciendum erat offert. Equidem alias hic diſtinguunt inter obligationem dandi & faciendi, ita ut obligatio dandi præciſam tradendi neceſſitatem contineat, ſecus ac obligatio faciendi, ubi præſtatione ejus, quod intereſt, debitorem volunt liberari, ut ita aliud pro alio in hoc caſu ſolvi permiſſum videatur per *l. 72. ff. de V. O. l. 13. § f de re Jud. arg. l. 17. ff. §. 2. de cond. & dem.* quia ſc. neminem ad factum præſtandum co-

Digitized by Google

cogi poſſe aſſerunt. Sed præter Cujacium & Perezium oſtendit liquido Huber. *in poſit. ad J. tit. de Verb. Obſ.* §. 5. regulariter etiam illum, qui ad factum obligatur, aliud parti invitæ ſolvere non poſſe, cum & remedia coactiva, pignoris captiones, miſſiones in poſſeſſiones, mulctæ dictiones hic locum habeant, rumpit enim æque fidem ac is, qui dare recuſat quod debet, quam tamen frangere non licet. Accedit quod illa remedia applicari non poſſent, ſi is non præciſe ad factum teneretur. Quod vero aliquando, ubi debitor extreme contumax eſt, in locum obligationis faciendi ſuccedit condemnatio ad intereſſe, id ex accidenti fit, & eſt quaſi pœna, quod fidem violaverit, quemadmodum & alii, qui contractibus eo modo, quo conventum eſt, non ſatis faciunt, tandem aliter quam ad intereſſe conveniri non poſſunt. Unde apparet, intereſſe non tantum præſtari in obligationibus faciendi, ſed etiam in obligationibus dandi, uti mox docebimus.

§. V. Quicquid alias communiter in aliis regulis juris accidere ſolet, ut plurimas ſc. admittant limitationes & exceptiones, cum in negotiis, quæ infinitis circumſtantiis ſubjacent, & ideo infinitis etiam modis variare poſſunt, certa aliqua, & quæ nullam patiatur limitationem, regula vix dari poſſit, id ipſum quoque in hisce duabus regulis uſu venit. Sic itaque, 1) invitus ad vendendum cogi poteſt, *ſi publica utilitas id ſuadeat*, hæc enim ſuprema lex eſſe debet, adeoque hujus gratia regulis juris communis quam ſæpiſſime receditur, fatente ipſo Juliano in *l. 51. inf. ad* L. *Aquil.* Fluit hoc ex natura juris vulgaris, quod juri eminenti penes eum, qui ſummam, in republ. intuitu rerum & perſonarum, habet poteſtatem, exiſtendi ſubordinatur, ita ſc. ut quoties vulgare jus concurrit cum eminenti, huic ſemper debeat cedere. Dn. Præſ. *Juriſpr. Div. l. 1. c. 1. n.* 127. Huic fundamento innititur *jus ſtapulæ* das Stabel-Recht, vi cujus Dominus territorii tranſeuntes obligat ut ibi ſubſiſtant, mercesque ſuas ad utilitatem reipubl. exponant. Cum porro interſit Reip. ne quis re ſua male abutatur, & vero Romani non raro ſervos ſuos durius absque cauſa haberi ſolebant, hinc conſtituit Imperator, cogendum eſſe talem Dominum, ſervum ſuum bonis conditionibus vendere, ne in poteſtatem ſuam revertatur. § 2. *J. de his qui ſui vel al. jur.*

ſunt. Ex quo Dd. hodie inferunt, ſi nimium quis in ſuos ſubditos ſæviat, eum a ſuperiori cogi poſſe, ut jurisdictionem vendat. Mynſ. *cent.* 5. *obſ.* 8. Gomez *l.* 2. *var. reſol. c* 2 *n. ult.* Stamm. *de ſervit. perſon. l.* 3. *c.* 35. *n.* 7. Carpz *l.* 1. *Reſp.* 53. *n.* 11. Richt. *Deciſ.* 98. *n.* 13. Sed hæc illatio clariorem meretur indagationem. Aut enim hæc aſſertio eſt intelligenda de principibus Imperii nimium ſubditos ſuos gravantibus, & ſic, tum per *Rec. Imp. de Ao.* 1654. §. 105. tum per *Capit. Leop. art.* 3. *inf.* diſpoſitum, ne facile audiantur ſubditi contra Principes, hinc in hoc rerum ſtatu vix dabitur caſus, ut contra Principem propter ejus ſævitiam in ſubditos, a Camera vel aulico Judicio procedatur, & licet ſubditi tandem admiſſi ſibi comparaverint mandata, quod perquam rarum eſſet, cogi tamen non poterit Princeps, ut jus ſuum territoriale propterea vendat, ob argumentum a ſervis ad ſubditos ſine ratione extenſum: Aut vero hoc intelligi debet, uti plerique alii faciunt, de nobilibus Jurisdictionem exercentibus: Sed tunc dubitari poſſet, annon Nobilis potius ita per abuſum jure ſuo plane excideret: Regulariter enim Dd. in eo conſentiunt, jus amitti per abuſum, aſt ſic nequidem opus foret, ut compellatur ad vendendum ſuam jurisdictionem, quam per abuſum amiſit. Porro huc refero, quod etiam ob annonæ caritatem vitandam, quis recte victualia ſua vendere cogatur, licet ea alias, vel maxime non habeat venalia. Mynſ. *cent.* 5. *obſ.* 27. Brunn. *ad l.* 11. *C. de cont. E. V.* ubi id ſingulare eſt: quod cura hæc olim ex parte etiam pertinuerit ad Epiſcopos, adeoque per cenſuram Eccleſiaſticam illi ſoliti fuerint adigere cives ad vendendum frumentum, Brunn. *ad l.* 1. §. 7. *C. de Epiſc. aud.* Inprimis vero nobiles, qui copioſiorem frumenti apparatum poſſident, tempore neceſſitatis cogi poſſunt, ut ſuperfluum vendant ruſticis vel civibus, etiam ſub pœna. conf. Bruckner *de vendit. neceſſar. th.* 23. Ex eodem fonte fluit, quod ſi via publica vel fluminis impetu, vel ruina amiſſa ſit, vicinus proximus cogi poſſit ad viam præſtandam de ſuo agro. *l* 14. § 1 *ff. quemad. ſerv. amit. l.* 1. § 25 *ff. ne quid in loco publ.* ſicuti etiam vicini ad viam ſternendam cogi poſſunt, *l. ult.* §. 15 *ff. de muner.* Dominum quoque juſto pretio ut vendat prædium ſuum ad dilatationem vel exſtructionem Cœmiterii cogi poſſe, evincit Carpz. *Juriſpr. Eccleſ. l.* 2.

th.

Digitized by Google

th. 24. d. 388. modo aliûs in promtu non ſit locus, in quo commode poſſit exſtrui cœmiterium, quod præſertim, ubi agitur de dilatando cœmiterio accidere facile poteſt. Hoc fere concordat cum jure Civ. ubi ſi quis ſepulchrum habebat, via autem ad ſepulchrum deſtitueretur. præſes compellere debebat vicinum, iuſto pretio iter ei præſtari. *l. 12. pr. ff. de relig. & ſumt. fun.* Sic etiam olim, ubi lapidicinæ fructus privatorum fundorum erant, uſus neceſſarii lapidis non erat interclufus, quin, ut permitteret lapidem cædere in publicam utilitatem cogi poterat Dominus prædii *l. 13 § 1. ff. comm. præd. tam, urb. quam ruſt.* Denique huc poſſes etiam referre, quod in judicio finium regundorum, ſi evidentioribus finibus diſtingui agros commodius & utilius ſit, quam olim fuiſſent diſtincti, neceſſe ſit, ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari, ut Dominus illius agri hanc partem pro certo pretio alteri præſtet. §. 6. *J. de Off. Jud. l. 3 ff. fin. reg.* quippe publice intereſſe, evidenter diſtinctos eſſe agrorum terminos. Alias adhuc limitationes & exceptiones vid. apud Brunnem. ad *l. 11, C. de contr. Emt. Vend.*

§ VI. Ex eodem fundamento quoque limitationem patitur altera regula, *quod ſc. aliud pro alio invito ſolvi non poſſit.* Sæpe enim ſalus & utilitas Reip. creditores compellit, ut aliud pro alio accipere teneantur, nam cum ob utilitatem publicam Princeps poſſit debitum plane alteri donare, cur non creditorem compellere, ut aliud pro alio accipiat? Luculentiſſimum hujus rei exemplum occurrit in *Rec. Imp. de An.* 1654. §. So viel nun 172. Multis enim per funeſtum illud bellum tricennale bonis ſuis omnino lapſis, & creditoribus ſuis propter illam feralem ruinam exacte ſatisfacere non valentibus, de remediis ſubveniendi debitoribus cogitandum erat, ubi illis quoque inter alia beneficium dationis in ſolutum indulgebatur, ita enim in *R. J cit. l.* diſpoſitum legimus: Auf den Fall Er, (debitor ſcilic.) bey dieſen Geldklemmen Zeiten keine baare Mittel hätte, noch erlangen könnte, ſoll dem debitori frey ſtehen und zugelaſſen ſeyn, durch Dargebung anderer beweg- und unbeweglichen Güther an ſtatt baarer Bezahlung, (jedoch daß dem creditori die Wahl nach beſtem gemeiner Rechten frey ſtehe) auf deroſelben vorhergehende zwiſchen den vorigen und gegenwärtigen Zeiten auf das

Mittel geſtellete billige Schatzung abzulegen, der creditor aber ſolche anzunehmen ſchuldig ſeyn. Neque vero hoc beneficium dationis in ſolutum jure civili incognitum, ſed clare fundatum in *Nov.* 4. *c.* 3. & inde deſumta *auth. hoc niſi C. de ſolut.* ubi itidem diſponitur, ut detur ſecundum quantitatem debiti poſſeſſio rei immobilis creditoribus, modo illa emtorem invenire non poſſit. Hoc caſu tamen rurſus indultum creditori, ut meliora rerum ipſius debitoris eligere poſſit, cum teneatur coactus ſuſcipere poſſeſſionem immobilem: id quoque in Eccleſia debitrice receptum eſt per *Nov.* 121. *c.* 6. *verb. Si vero ſecundum prædictum modum* & *auth. hoc jus porrectum C. de SS. Eccleſ.* ut emtore non invento res æſtimata creditori detur in ſolutum, addita in pretio univerſæ æſtimationis decima parte, & accedente conſenſu ordinatoris, & majoris partis ibidem ſervientium. Quod hic dicitur de decima parte ultra veram rei æſtimationem adjicienda, contra jus poli & conſcientiæ eſſe cum Baldo arbitror: ita Accurſius τὸ addita accipit pro remiſſa, ut decimam pretii partim ipſi creditori remittendam eſſe velit, cum rem eccleſiaſticam invitus in ſolutum accipiat, jam vero qui in uno eſt gravatus, in altero eſt relevandus: non tamen optimam, ſed mediocrem rem eligere debet. Huc quoque videtur reſpexiſſe ſummi Judicii JCtus Labeo citatus ab Ulpiano in *l.* 4. §. 3, *ff. de Re Jud.* ubi, is qui condemnatus erat, ut pecuniam ſolvat, ex magna & idonea cauſa audiri debet, ſi non velit ſolvere, ſed alio modo ſatisfacere. Talis juſta eſt, ſi heres a teſtatore juſſus ſit, ſervum hereditarium præſtare legatario, qui tamen ipſius pater, vel mater, vel frater naturalis ſit, tum enim cogi poteſt legatarius, ut æſtimationem officio judicis determinandam accipiat: *l.* 71. §. 3. *ff. de Leg.* 1. Item ſi res aliena legata, quam tamen Dominus vendere detrectat, vel pro ea immenſum exigit pretium.

§. VII. Limitantur quoque (II) prædictæ regulæ, *ſi neceſſitas id ſuadeat*, ſc. ſi res mea vel mihi debita, culpa vel dolo alterius interiit. Quando ergo res creditoris penes alterum ex contractu quodam exiſtens ſuo tempore reſtituenda, ita periit, tunc neceſſitate urgente invitus rem ſuam vendere & loco rei ſuæ æſtimationem recipere cogitur. Cum itaque ſecundum commune Dd. aſſertum commoda-

Digitized by Google

datarius teneatur ad exactiſſimam diligentiam *l.* 5. §. 2. *ff. commod.* hinc, ſi res vel leviſſima ejus culpa periit commodans ex neceſſitate pretium ejusdem accipere tenetur, veluti, ſi commodatarius in incendio res commodatas potuiſſet ſalvas facere, ſuas autem prætulerit. *l.* 5. §. 4. *ff. commod.* Si res a furibus auferatur, cum furtum regulariter fieri præſumatur culpa levi. §. 16. *J. de obl. quæ ex delict. naſc.* vel ſi non perferatur ab illo, cui ad perferendum erat concredita. *l.* 10. *ff. commod.* vel aliter perierit, tunc enim itidem pretium debetur. *l.* 17. §. *eod.* vel etiamſi deterior inſigniter reddita, *l.* 3. §. 1. *eod.* ita ſc. ut ea commodans amplius uti nequeat, nec tunc eam recipere tenetur, ne damnoſum ei ſit ſuum officium *l.* 7. *quemad. teſtam. aper.* ubi vero commodans æſtimationem oblatam recipit, ſi quidem adhuc exſtat, rem offerentis facit. *l.* 5. §. 1. *commod.* Hoc ipſum quoque in depoſito uſu venire poteſt, quamvis forſan rarius, cum non eadem exactiſſima diligentia ibi requiratur, ut in commodato, ſed ſufficiat, ſi depoſitarius a dolo & culpa lata immunis ſit. Quodſi itaque, dolo vel lata culpa vel etiam levi, ſi ita conventum. *l.* 1. § 6. *ff. depoſ.* res depoſita deterior reddita, *l.* 1. §. *eod.* vel dolo malo depoſitarii factum, ut ſervus depoſitus aufugeret, *l.* 7. *pr. ff. eod.* vel aliter res amiſſa aut deperdita ſit, æſtimatio præſtanda erit. Idem iudicium ferendum de pignore, ſi culpa creditoris perierit. *l.* 5. *C. de pign. act.* vel deterius factum fuerit, *l.* 7. *C. eod.* Inprimis vero ſæpius in rei vindicatione æſtimatio rei præſtanda, ſi res dolo malo non reſtituatur; veluti, ſi poſſeſſor dolo malo deſiit poſſidere, quo caſu condemnatur in æſtimationem, quaſi adhuc poſſideret, *l.* 77. *de R. Vind.* Itidem ſi periit, vel alia ratione domini interreſſe non admittat, ut rem ipſam recipere poſſit &c. Rei tamen æſtimatione præſtita, ſtatim dominium ad poſſidentem tranſit, cum eo pretio videatur deciſiſſe, quod ipſe actor conſtituit, ut ait Paul. *in l.* 46. *de R. V.* nam ſi lis, h. e. res in litem deducta, fuerit æſtimata, ſimilis eſt venditioni *l.* 7. § 1 *ff. de public. in rem act. l.* 3 *ff. pro Emtore* Et qui litis æſtimationem ſuffert, emtoris loco habendus eſt, ut ait Julianus *in l.* 77. *pr. ff. de act. Rer. amot. l.* 1 *ff. pro emtore l.* 71. §. 2. *de evict.* Ex jam dictis denuo conſtat, dominum ad rem ſuam vendendam interdum revera cogi. Interire vero poteſt res vel naturaliter vel civiliter: Civiliter interire videtur

detur, quoties aliam plane a priori formam & denominationem accipit, vel alia ratione deſiiſſe videtur. Hinc ſpecificatione, ferruminatione, acceſſione, commixtione, confuſione, inædificatione, ſatione, plantatione, ſcriptura, pictura, res noſtra, quæ apud alterum eſt, ratione dominii noſtri videtur extincta, ut ipſa vindicari non poſſit, quia quaſi acceſſorium alterius rei facta, & ſic dominio ejus quaſi ipſo facto addicta: Quodnam vero hoc caſu Domino ſupereſt remedium? Nullum aliud, quam ad æſtimationem recipiendam præſertim, ſi res mea, ad alterum ſine facto meo pervenit. Nam ubi facto meo res mea alteri acquiritur, veluti, inædificatione in ſolo alieno ex meis tignis, nulla actio in jure videtur prodita ad petendam æſtimationem, ſed nudum jus retentionis ædificanti conceditur. §. 30. *I. de R. D.* conf. Vinn. ad hunc §. n. 4. In aliis remedia plura ſunt prodita. Sic in ſpecificatione domino materiæ contra m. f. ſpecificantem datur actio ad exhibendum *l* 17. §. 3. *ff. ad exhib.* & rei vindicatio, tanquam contra eum, qui dolo deſiit poſſidere, ſc. utrinque ad æſtimationem: præterea competit condictio furtiva, *l.* 13. *de condict. furt.* & actio furti *l.* 52. § 14 *de furt.* contra b. f. ſpecificantem vero actio in factum *arg. l.* 23. §. 5. *de R. V.* rurſus ad æſtimationem. Idem judicium eſto de cæteris.

§. VIII. Similiter quoque altera regula eandem admittit limitationem, quod cum nonnulli inter Dd. non accurate obſervaverint, inducti ſunt ut crederent, in emtione venditione venditorem non præciſe ad tradendam rem eſſe obligatum, ſed præſtando intereſſe liberari, etiamſi vel maxime facultatem tradendi habeat, quales qui fuerint, recenſet Ungebauer *in Exerc. Juſtin.* 12. *qu.* 5. quod tamen liquido eſt contra regulam noſtram ſupra ſatis formatam. Decepti vero ſunt ſine dubio ex eo, quod in quibusdam textibus Juris dicatur, venditorem condemnandum eſſe ad intereſſe, ſi non tradat, & ſic ſuppoſuerunt caſus, ubi etiam venditor poteſt rem commode tradere, adeoque alternativam quandam obligationem hic ſubſtituerunt. Sed omnes textus fere, quos pro ſua coacervant ſententia, pertinent ad limitationem hanc, de qua jam ſoliciti ſumus; Agite: videamus, quid ex illis legitime inferre liceat: in *l.* 1. *ff. pr. de act. E. V.* dicitur, *ſi res vendita non tradatur, in id, quod intereſt, agitur*

h. t.

Digitized by Google

h. t. quod rem habere intereſt emtoris. Idem ſimpliciter aſſeritur *in l.* 11. § 9. *eod. l.* 10. *pr. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolv.* Verum multis modis accidere poteſt, ut res non tradatur, vel quod tradi non poſſit ob ejus interitum, vel deterio rationem culpa venditoris contingentem, vel quod tradi non debeat propter moram factam, ita ſcil. ut emtori rem non amplius habere liceat, ut, ſi caro emta tempore placito non exhibeatur *l.* 10. *C. de act. E. V.* nam etiam peractionem triticiariam hoc caſu ob moram tradere nolentis, licitum erit intereſſe poſtulare. *l.* 3. *&* 4. *de condict. tritic.* quem in ſenſum quoque accipio *l* 4. *C. de act E. V.* ubi diſerte additur: ſi procacia, h. e. mora venditoris traditio rei venditæ juxta emtionis contractum non fiat, ad intereſſe condemnandum eſſe venditorem. Quomodo enim aliter fieri poteſt, ſi res emta per moram venditoris in eum ſtatum fuerit deducta, ut traditio vel penitus non, vel non commode fieri poſſit, quam ut emtor ad ſuam intemnitatem agat: Huber *ad* 1. *tit. de Emt. Vend.* §. 4. Ungebauer *cit. l.* Fruſtra quoque diſſentientes pro ſua ſententia allegant *l* 12. *ff. de act. Emt. Vend.* ubi diſponitur, ut, ſi jactum retis emero & piſcatur quod extraxit piſcium reddere mihi nolit, æſtimari id debeat, quod extraxit. Nam revera hic caſus ad limitationem noſtam ſpectat. Piſcis enim plerumque ad res referendi, quæ ſtatim conſumuntur, non aſſervantur, ſed ſervando computreſcunt. Finge ergo, te piſcatorum in jus vocare, citationem decerni, reum litem conteſtari, condemnari, num putas, piſces adhuc in rerum natura fore, præſertim, ſi rem metiri velimus ſecundum hodiernum procedendi morem, ubi ob res minimas ſæpe immortales fiunt lites: idem eſt judicium ferendum de carnium emtione, de qua in *l.* 10. *C. de act. E. V.* cum & caro ad res ſervando ſervari non ſolitas pertineat, adeoque ex neceſſitate hisce in caſibus aliud pro alio ſolvi debet. Ad eundem modum commode intelligi poteſt *l.* 17, *C. de fid. Inſtrum.* ubi videtur venditori electio conceſſa, utrum rem tradere, an vero id, quod intereſt emtoris, perſolvere velit: Nam intereſſe itidem in hoc textu in ſubſidium demum admittitur, quatenus res vendita præſtari amplius nequeat. Huc pertinet etiam, ſi res duobus ſucceſſive fuerit vendita, & poſteriori tradita, prior traditionem amplius urgere nequit, ſed venditor ex neceſſitate

quan-

Digitized by Google

quanti emtoris intereſt, præſtare tenetur. *l. 6. C. de hered. vel act. vend.*

§. IX. In ſtipulatione quoque non raro accidere poteſt, ut ex neceſſitate aliud pro alio ſolvi debeat. Id vero quod ſolvendum eſt, conſiſtit vel in dando, vel in faciendo. In dando, veluti, ſi ſervum ſtipulatus fuero, isque per dolum aut culpam promiſſoris etiam ante moram commiſſam interiit, utique ad æſtimationem tenetur *l. 91. pr. ff. de V. O.* Si vero poſt moram, homo deceſſerit, licet promiſſoris culpa non intervenerit, tenetur nihilominus, ac ſi adhuc viveret, *l. 82 § 1. eod.* perpetuat enim illa obligationem, quod, quomodo ſit intelligendum, traditur *in cit. l. 91. §. 3.* Et huc pertinent *l. 23. l. 24. l. 49. pr. §. 1. ſeqq.* eod. Quo modo vero tenetur? non ad ſolvendam rem promiſſam, quæ non amplius exſtat, ſed ad eius æſtimationem, ceu clare aſſeritur *in l. 39. §. 1 ff. de Leg.* 1. ibi. *in ſtipulatione ſi poſt moram res interierit, æſtimatio ejus præſtatur.* Idem eſt, ſi per conſtitutum promiſſus homo fuerit, nam & tunc pretium deberi dicitur in *l. 23. ff. de conſtit. pecun.* In obligatione porro faciendi ſæpius aliud pro alio ſolvitur, ſed non aliter quam per rationem noſtræ limitationis, ſi ſcil. neceſſitas id ſuadeat. Nam ſupra. §. 4 *h. t.* jam errorem communem rejecimus quaſi obligatio faciendi Promiſcue admittat præſtationem ejus, quod intereſt. Contingere tamen poteſt, ut actor neceſſitate urgente intereſſe accipere teneatur, ſi nimirum propter extremam contumaciam promiſſor ad factum debito modo præſtandum, nullo modo adduci queat, attamen, a tempore moræ commiſſæ in actoris eſt arbitrio, an debitorem ad factum præſtandum, an ad intereſſe convenire velit, qui nec offerendo intereſſe ſeſe liberare poteris, niſi ipſe actor conſentiat, cum alias reus per contumaciam & fidem fractam ſibi lucrum & commodum quæreret. Quæſtio vero non eſt, an ſecundum regulas prudentiæ agat actor, ſi promiſſorem neceſſario ad factum præſtandum adſtringere velit, præſertim in caſu ubi induſtria & experientia hominis requiritur. Et hoc modo commode explicari poſſunt textus, que pro communi in medium produci ſolent ſententia. Quamvis enim *in l. 13. §. 1. ff. de Re Judic.* ſimpliciter dicatur, *eum, qui non facit, quod promiſit, in pecuniam numeratam condemnari debere, ſicut evenit in omnibus faciendi obligationibus:* hoc tamen

in-

intelligi debet, poſitis terminis habilibus, ſi ſc. actor intereſſe petat, vel reus ad factum nullo modo compelli poſſit. Neque aliud evincitur *ex l. 72. pr. de V. O.* quam, quod non factum fuerit quod fieri debuit, ſuccedat obligatio ad pecuniam, h. e. æſtimationem dandam. Et inane certe eſt fundamentum, quod pro contraria ſententia ſtabilienda adducit Ungebauer. *Exercit Juſtin.* 11. *quæſt.* 2 quaſi eo ipſo infringeretur libertas, & ſpecies quædam ſervitutis imponeretur hominibus *arg. l. 71. §. 2. ff. de Condit. & Demonſt.* Ratio hæc ſi juſta & vera eſſet, ſane non tantum in obligationibus faciendi, ſed plerumque etiam in obligationibus dandi obtineret, ubi ſæpius res præſtanda manu militari a contumaci aufertur, aliaque coactione ad rem debitam tradendam reus adſtringitur, quæ certe non involvit liberam voluntatem, vel, ſi vis, libertatem: nec definitio ipſa obligationis generaliter veritati eſſet conſentanea, quod ſc. ſit *Juris vinculum*, quo *neceſſitate* ad aliquid præſtandum *adſtringimur pr. J. de oblig.* accedit, quod ſic in obligatione faciendi debitori indiſtincte liberum eſſet ſervare vel frangere fidem, quod tamen contra æquitatem naturalem foret.

§. X Cæterum, cum diximus, neminem teneri *invitum* ad rem ſuam vendendam, & nemini *invito* aliud pro alio ſolvi poſſe, apparet, non ad limitationes ſed ad declarationem regularum noſtrarum pertinere, ſi volens quis alteri rem vendat, veluti, ſi res commodata vel locata, vel depoſita juſto pretio interveniente, commodatario, conductori, aut depoſitario vendatur: Item ſi dominus rem ſuam vindicans malit pretium, quam ipſam rem recipere, & in hoc poſſeſſor conſentiat, vel etiam ſi locatæ, depoſitæ aut commodatæ rei ab initio adjiciatur æſtimatio, venditionis gratia, nam & tunc emtio venditio ex voluntate utriusque facta cenſetur. Sic etiam volenti creditori aliud pro alio ſolvi poteſt, ut liberatio contingat, etiam per ſatisfactionem aliam, ſolutionis vice admiſſam, quia pro ſolutione eſt: *l. 57. ff. de ſolut.* liberantur pignora. *l. 6. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolv.* Inde Imperatores reſcribunt *in l. 17. C. de ſolut. Manifeſti juris eſt, tam alio pro debitore ſolvente, quam rebus pro numerata pecunia conſentiente creditore datis, tolli paratum obligationem*, conſ. *pr. Inſt*

Digitized by Google

quib. mod. toll. oblig. l. 24 C. de ſolut. l. 10. C. l. 16. ff. eod. l. 10. C. ſi cert. pet. l. 26. §. 4. de condict. indeb.

§. XI. His itaque præſuppoſitis ad uſum noſtræ regulæ propius accedimus. Conſtat vero inter omnes, requiri, quoties res venditur, pretium in pecunia numerata conſiſtens. Quodſi vero aliud pro alio ſolvitur, requiritur, vel res æquivalentis pretii, uti ſupra diximus de ratione rei immobilis in ſolutum, vel pretium æquivalens, quo referri poſſunt exempla adducta §. 8. *ſeq.* Hinc iam oritur quæſtio, quale pretium utrobique præſtari debeat, an commune, an legitimum, an vero pretium affectionis. Facile autem apparet, una eademque deciſione quæſtionem hanc reſolvi non poſſe, cum ex hactenus dictis conſtat, variare circumſtantias in limitationibus adductis, adeoque & jus variare neceſſe eſt.

§. XII. Quodſi itaque quis volens rem alteri, penes quem illa ex contractu, vel alio modo exiſtit, vendat, venditio retinet naturam ſuam & ſufficit pretium commune; vel legitimum. Nam hæc eſt natura venditionis, ut pretium detur juſtum, civiliter ſc. conſiderando. Juſtum autem pretium eſt, quod vel a Principe, vel communi hominum æſtimatione definitum eſt. Et hactenus recte Paulus *in l. 36. pr. ff. ad L. Falcid.* ait. *Pretia rerum non ex affectu, nec utilitate ſingulorum, ſed communiter funguntur* Idem repetit *in l. 33. pr. ff. ad L. Aquil.* Neque etiam admiſit natura commerciorum, ut quilibet ex ſingulari ſua & ſæpius inepta affectione rem æſtimet, ut *cap. antec.* præmiſſum eſt. Inprimis in ſocietate civili, ubi libertas æſtimandi potuit, imo & debuit utique reſtringi: hinc olim ſecundum. *l. 1. C. de Epiſcop. audient.* ad epiſcopalem pertinebat providentiam curare, ne mercatores carius quam par ſit, merces ſuas diſtrahant.

§. XIII. Quodſi mihi volenti aliud pro alio ſolvi patiar, aut illud conſiſtit in æſtimatione rei ipſius debitæ, & ſic rurſus pretium commune locum ſibi vindicabit, quia æſtimatio venditionis loco eſt *l. 1. ff. pro emt.* adeoque etiam admittere debet regulas in emtione conſvetas: aut vero in re, æquivalens pretium admittente, & eodem modo leges volunt, ut ſecundum communem æſtimationem res taxetur. Inde Marcianus *in l. 46. §. f. ff. de ſolut.* infert, *quod ſi*

quis

Digitized by Google

quis per dolum pluris æſtimatum fundum in ſolutum dederit, non liberatur, niſi ea, quod deeſt, repleatur. Cur vero ſupplemento hic locus eſt? quia doloſe contra leges fundus pluris æſtimatus erat, cum tamen in caſu, ubi aliud pro alio volenti ſolvitur, commune pretium obtinere debeat. Quodſi vero dolus abfuerit? puto liberari debitorem, modo læſio non adſit ultra dimidium, nam hactenus datio in ſolutum obtinet venditionis vicem. *l. 4. C. de Evict.* Et is, qui rem inſolutum accepit, vel eam lite æſtimata retinuit, ſimilis emtori eſſe dicitur *in l. f. ff. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. ca t.* In emtione autem & venditione non aliter contractus reſcinditur ob læſionem, niſi ſit ultra dimidium veri pretii. *l. 2. C. de Reſc. Vend.*

§. XIV. Quid vero juris, ſi invitus quis cogatur rem ſuam vendere? Equidem ſi utilitas publica id ſuadeat, iniquum foret, ſi ex ſingulari affectione rem ſuam æſtimare vellet, præſertim cum hic concurrant jus eminens & vulgare, & intuitu illius ſubditorum bona ad utilitatem publicam promovendam, ſemper parata eſſe debeant, quo caſu ſufficit, ſi ipſe indemnis ſervetur. Inde infero, qui viam ad ſepulchrum, qui agrum ad cœmiterii dilatationem præſtare debet, non aliud, quam juſtum pretium recipit. *l. 12. ff. de Relig.* Qui ſervum, quem durius, quam æquum erat, habuit, vendere cogitur, debet id facere *bonis conditionibus*, h. e. juſto pretio, uti plerumque Dd. hæc verba intelligunt. vid. Dn. Stryk. Vinn. Huber. Hopp. Ritterhuſ. aliique qui omnes uno ore hoc ita explicant. Quod etiam innuunt verba ſequentia, *ut pretium dominis daretur:* Vox autem pretii abſolute poſita, commune vel legitimum denotat *arg. l. 63. pr. ad L. Falc.* Cui in finium regundorum judicio certa portio ex alterius agro adjudicatur, ille pro ea in certam pecuniam condemnandus dicitur *in l. 3. fin. regund.* Quid vero aliud hoc ipſum denotat, quam pretium legitimum. Qui ad ſuccurrendum annonæ publicæ victualia ſua vendere coguntur, juſtum ac legitimum, non aliud recipiunt pretium. *arg. l. 1. §. 11. ff. de offic. præf. urb.* adeo, ut ſi locupletiores æquis pretiis fructus ſuos vendere recuſent, a Dardanariis non videantur eſſe ſegregandi *l. 6. ff. de Extraord. crim.* Pertinet huc tota diſpoſitio. *l. 2. C. ut nemini liceat in emt. ſpecies. ſe excuſ.*

Digitized by Google

§. XV. Apparet hoc ulterius *ex l. 1. C. de comm. ſerv, manum.* ubi Juſtinianus veteris juris rigorem ſuſtulit, quo aliquin in manumiſſione communis ſervi, ab uno ex dominis tantum facta, alteri nolenti manumittere alterius portio acreſcebat. Imperator vero *cit. l.* neceſſitatem impoſuit hoc caſu condomino ad partem ſuam vendendam ei, qui libertatem ſervo imponere deſiderat, ob libertatis favorem. Quale vero pretium hic obtinet? Ne ſc. quantitas ejus incerta eſſet, illam determinavit ipſe Imperator in §. 5. *cit. l.* 1. & ſic pretium legitimum tantum hic obtineri voluit. Videlicet ſervos nulla arte imbutos pretio viginti ſolitorum taxavit, niſi usque ad decimum ſolum ætatis annum pervenerint, quo caſu tantummodo dimidium ſolutum: Sin autem aliqua arte præditi erant, ſecundum artis præſtantiam ſervos taxari voluit, excepit autem ſingulariter ſervos Notarios, & Medicos, ita ut Notarius quidem usque ad quinquaginta, Medicus vero usque ad ſexaginta ſolidos taxaretur. conf. *l. 3. comm. de Legat. & fideicomm.* ubi & obſtetricibus idem pretium cum medicis imponitur. Illud tamen mirandum, quod pro ſervis Eunuchis decem annis majoribus, & arte quadam imbutis, majus pretium conſtitutum ſit, quam pro ſervis Medicis. Medici enim usque ad 60. taxabantur, Eunuchi vero usque ad 70. Nulla arte vero præditi ad 50. ſaltem taxari ſolebant. Hanc quoque æſtimationem obtineri voluit Juſtinian. *in l. 3. C. commun. de Legat. & fideicomm.* quando plures ſervum quendam optandum habeant, ut is quidem, quem ſors prætulerit, ſervum ſibi acquirat, reliquis vero æſtimationem ibi expreſſam præſtare debeat. Cur autem ars Medica Romanis tam vilis, & inviſa habita fuerit, adſcribunt primo Medico, poſt aliquot ſecula, ut volunt, ab urbe condita Romam venienti, qui ob nimiam ſecundi & urendi ſævitiam ſeſe nimis exoſum reddiderit, ita ut hoc odium ad poſteros etiam translatum fuerit. De quibus pluribus videri poterit Royzius Deciſ. 32. Recte vero judicat Dion. Gothof. *in not. ad cit. l. 3.* vitium non artis, ſed temporis fuiſſe, quod Medici minus æſtimati fuerint, quam Eunuchi. Juſtiniani enim temporibus mollities, luxuria, libido, & quæ huc demum ſpectant vitia, omnium animos, ne dicam Aulam inquinaverant, ut inſtrumentis luxuriæ & libidinis neceſſariis, Eunuchis

Digitized by Google

chis enim: carere vix potuerint, ita ut eorum pretium ad ſummum usque creverit. Et eo tempore Conſtantini & Leonis conſtitutiones, *in tit. C.* de Eunuchis apparentes, vix videntur in uſu fuiſſe. Ii etiam, qui alienum caſtrarunt ſervum ex L. Aquilia non tenebantur cum ſervus per caſtrationem non deterioratus, ſed preciſior factus cenſebatur *l. 27. §. 28 ff. ad L. Aquil.*

§. XVI. Si ex neceſſitate res mea, vel mihi debita non poſſit reſtitui, ſed eius loco pretium præſtari neceſſe ſit, videndum, utrum res mihi intercipiatur alterius culpa, an dolo. Si culpa, iniquum foret, ut eius culpa vergeret in meum detrimentum, quia unicuique culpa propria imputari debet, hinc, ut verum rei pretium reſtituat, æquitas poſtulat, ſufficit tamen me indemnem ſervari, ita ut pretium affectionis exinde exigere non poſſim, ſed alteri ulterius condonandum ſit, cum nemo adeo diligens reperiatur, quin quotidie ſæpius erret, unde leges merito huic ſuccurrunt imbellitati humanæ, nec alterum, ultra id, quod mihi abeſt, abſtringunt, hinc etiam factum eſſe arbitror, ut iudex, non pars adverſa, ſi propter culpam res reſtitui doſſit, æſtimationem facere debeat *l. 4. §. 4. l. 5. §. 3. de in lit. jurand.* ne domini affectibus ſuis valde indulgentes, rei pretium nimis extendant. Reſpexit huc Ulpian. in *l. 68. ff. de R. V.* ubi reum, qui rem, quæ vindicatur, reſtituere non poteſt, non pluris condemnandum eſſe vult, quam *quanti res eſt.* Idem dicendum de aliis contractibus, ubi res in ſpecie præſtanda venit, quæ tamen non amplius exiſtit. Leges enim in tantum ſolummodo proſpicere voluerunt, ut quis indemnis ſervetur, id quod per verum rei pretium acceptum contingit. vid. *l. 3. § 2. commod.* adeoque & in actione Triticiaria, ubi rei æſtimatio peritur, non alia, quam communis intelligitur, licet illa ratione temporis varia poſſit.

§. XVII. Aſt ubi debitor rem meam, vel mihi debitam dolo non reſtituerit, non eadem gaudebit excuſatione & beneficio, venia enim non dignus eſt, qui ex malevolo propoſito & animo malitioſo rem detinet, & ita delinquit, cum deceptis ſaltem, h. e. per culpam lapſis, jura ſuccurrant, non vero malitioſis & decipientibus, qui pœnam potius merentur. Et fruſtra leges invocat, qui contra eas committit, *l. 37. in f. ff. de minor.* nec leges, hominum ma-

Digitized by Google

litis indulgendum eſſe, volunt. *l.* 38 *ff, de R. V. l.* 3. *C. per quas perſon.* adeoque talis malitioſus debitor non poterit de ſævitia & duritie conqueri, ſi ultra verum rei pretium adhuc pretium affectionis ab ipſo poſtulem. Et cum iam in materia, ubi ad indemnitatem & intereſſe agitur, culpa lata æquiparetur dolo, ita ut quoad effectus juris pari paſſu ambulent. *l.* 226. *de V. S. l.* 32. *depoſ.* ideo eadem, quæ modo de dolo diximus, etiam ad culpam latam extendenda ſunt. Qui enim latam culpam committit, negligentiam affectaſſe videtur, & potius ſtudio neglexiſſe ea, quæ omnes homines curanda eſſe ſciunt, hinc dolum repræſentare dicitur *in. l.* 1. §. 2. *ff. ſi is, qui in teſtam. liber.* quod repetit Cajus *in l.* 1 §. 5. *de O. & A.* ubi ait: *magnam negligentiam in doli crimen cadere.* Ita etiam in hac materia idem aſſerendum eſt. Cum hac noſtra ſententia optime conſpirant. *l.* 25. §. 10. *de hered. petit. l.* 36 *ff de pecul. &c.* hujus deciſionis ratio peti poteſt *ex l.* 70 *ff. de R. V. neſc. in poteſtate cuiusque ſit per rapinam ab invito domino rem iuſto pretio comparare.* Atque ita creditore doloſe pignus alienante recte petitur pretium affectionis. *l.* 16. §. 3. *in f. ff. de pign.* item a donatore, *l.* 41. §. 1. *de Re iudic.* a marito dotem doloſe reſtituere nolente *l.* 25. §. 1 *ff. ſolut. matrim.* ubi additur ratio: *quia invitis nobis, res noſtras alius retinere non debeat.* Porro a tutoribus in re pupillari doloſe verſantibus *l.* 8. *ff. de in lit. iurand. l.* 7. *pr. de adminiſt. & peric. tut.* a locatore, ſi res conducta doloſe non reſtituatur. *l.* 48. §. 1. *locat.* & ſic de cæteris.

§. XVIII. Quodſi caſu res interit: vel res perit domino, vel ei, cui debetur. Scilicet, vel res mea ex contractu penes alterum eſt, quæ tamen in ſpecie mihi reſtituenda venit, ut in locatione, commodato, pignore, depoſito contingit, & ſic res mihi perit tanquam domino *l.* 5. §. 4. *comm. l.* 1. *C depoſ. l.* 4. *ff. de reb. cred. l.* 5. 6. *C. de pignor. act. l.* 13. §. 1. *ff. eod. l.* 28. *C. locat.* vel etiam res mea alteri ex contractu in ſpecie (genus enim periri nequit. *l.* 11. *C. ſi cert. petat*) debetur, & ſic perit ei, cui debetur. §. 3. *Inſt. de Emt. V.* Unde qui ex legati cauſa, aut ex ſtipulatu hominem certum debet, interitu ejus liberatur. *l.* 23 *ff. de V. O.* & ita de pretio communi vel affectionis hic fruſtranea eſt diſceptatio.

§. XIX. Rei vero interitus duplex eſt, alius naturalis, ubi res

pla-

plane deſinit eſſe in rerum natura, alius civilis, ubi tantum pro extincta habetur, veluti, ſi ex poculo meo quis lancem, vel ex pallio meo fecerit veſtimentum. Hiſce in caſibus, ſi dolo vel culpa talis interitus acciderit, eadem dicenda ſunt, quæ ſupr. §. 16. & 17. in genere allata, quia hic eadem ſubeſt ratio: Et quia regulariter a genere ad ſpeciem recte argumentari poſſum. Niſi quod mihi integrum ſit, ſi velim, in communione manere, ſi res non in totum, ſed pro parte periit conf. §. 27. *J. de R. Div.* Quodſi caſu talis fueris facta mutatio? tunc concurrimus in pretio vero, quanti ea res poſt mutationem valet, ita ſc. ut judicis arbitrio contineatur, ut æſtimet, quanti cujusque res fuerit. *arg.* §. 27. *J. eod.* conf. *l.* 27. *§ 3. de Reſc. V.*

§. XX. Cæterum, quæ § 17. de pretio affectionis, in caſu, ubi debitor in dolo verſatur, diximus, ea, ſecundum doctrinam cap. præced. merito limitanda ſunt. ut, (1) non procedant in rebus fungibilibus, quippe, quæ non recipiunt affectionem. Quocirca hic ſufficiet, ſi res mea, vel mihi debita interiit vel transmutata eſt, ut verum pretium accipiam, neque leges hic a nobis diſſentiunt. In carnem tanquam rem fungibilem ſine dubio non cadit affectio. Quid itaque dicendum, ſi vendita caro mihi non tradatur? ſcilicet, ut, quanti mea intereſt præſtetur *l. 10. C. de act. E. V.* Quid vero voce *intereſſe* hic denotatur? Explicat id ipſum Paulus *in l.* 21. *§.3. ff. eod.* in alio exemplo de vino, & tritico, rebus itidem fungibilibus, ut ſcilicet omnis quidem utilitas emtoris, quæ circa rem ipſam conſiſtit, in æſtimationem veniat, non vero ea, quæ eſt extra rem, quo etiam pretium affectionis merito referendum eſt: Unde nequidem hoc caſu præſtandum dicit Paulus, ſi ex vino potuit negotiari, & ita lucrum facere, *non magis*, pergit *quam ſi triticum emerit & ob eam rem, quod non ſit traditum familia ejus fame laboraverit; nam pretium tritici* (verum, id quod ex verbis ſubſeqq. patet) *non ſervorum fame necatorum conſequitur.* Sic, cum jactum retis emi, & venditor id quod extraxerit, reddere mihi nolit, id æſtimatur ſecundum verum pretium, quod extraxit. *l. 12. ff. de act. E. V.* Accedit quod in actione Triticiaria, (quæ primitus propter res fungibiles, triticum vinum, oleum, unde nomen ſuum ſumſiſſe cenſetur, introducta videtur, & poſtea demum etiam ad res non fungibiles traducta) ſo-

lum-

ſummodo de vera æſtimatione quæratur. *l. pr. l.* 3. *& 4. de condict. tritic.*

§. XXI. Quoniam vero & harum rerum pretium variare poteſt; ut aliud ſit tempore damni dati, aliud tempore litis conteſtatæ, aliud tempore ſententiæ, hinc nova & valde intricata exſurgit quæſtio, a Dd. tractata, cujusnam temporis æſtimationis hic habenda ſit ratio. Et quilibet hic ſuo indulget ingenio, adeoque tot fere ſententias hæc quæſtio habet, quod Authores. In enucleanda hac quæſtione valde deſudet Huberus *ad tit ff. de condict. trit.* Mirifice ſe torquet Struvius, & omnes paſſim ad unum id agunt, ut certum fundamentum hac in re quærant, ſed dum rem conficere diſtinctionibus ſubtiliſſimis annituntur, infinita dubia & contradictiones non effugiunt. Verum hæc quidem doctrina ad noſtrum ſcopum non facit, ſed peculiarem requirit diſſertationem. conf tamen Dd. *ad. l. 3. & 4. ff. de condict. tritic.* ubi verba: *Verum eſt quod Servius ait:* & alia ſatis indicant, ea de quæſtione diſſenſiſſe ſectas veterum JCtorum, & timemus adeo, ne vel deprehendamus antinomias, incuria compilatorum in Pandectis relictas, vel crabrones irritemus rejiciendo Dd. diſtinctiones, in earum conciliatione ſubtiliter excogitas, vel etiam ſuperficiaria inſpectione antinomias faciamus ex legibus quibusdam, quæ forte conciliari poſſent. Ergo liceat ea de re tota judicium ſuspendere.

§ XXII. Deinde quoque (2) requiritur, ut in rebus non fungibilibus adſit juſtus prætextꝰ pretii affectionis, qui a plerisque approbatus eſt. Hic enim, ut ex doctrina *C. 1.* tradita patet, affectio demum legitima, non qualiscunque hominis, poſſeſſionibus ſuis nimium indulgentis erga rem amor inſpicitur, unde etiam Struv. *Exerc. 17. th. 61.* a parte actoris requirit juſtam affectionem erga rem. Cũ itaque apertum ſit, Judicem non adjudicaturum eſſe pretium affectionis, ſi linteolum ab amaſia juveni datum, ab alio fuerit interceptum, utiq; apparet, non de omnibus rebus non fungibilibus poſſe poſtulari in dictis caſibus affectionis pretium, ſed de illis ſaltem, ubi cauſam allegare poſſum, ob quam homines, qui pro prudentibus vulgo habentur, rem peculiariter æſtimare ſolent. conf. Phanucius de phanuciis de jurejur. in litem. *p. 1. memb. 4. n. 55.* ubi juſtas affectionis cauſas recenſet.

§. XXIII.

§. XXIII. Denique (III) hoc quoque obſervandum, ut, cum affectionem ipſam per teſtes, circumſtantias concludentes, aut alia probandi media non poſſim regulariter probare, credatur aſſertioni meæ ſaltem per juramentum corroboratæ, ſi modo prius probavero ſemiplene, aut vero ſimiliter cauſam æſtimationis, id quod ex dicti §. *antec.* fluit. Quamvis enim juramentum in litem ideo videatur introductum, ut affectionem meam docere non videatur eſſe neceſſarium, nec hujus probationis, quantum recordor, in jure fiat expreſſa mentio, attamen recte rem perpendenti apparebit, juramentum hoc non tam eſſe introductum ad docendam in genere affectionem, quam ad affectionis jam quodammodo probatæ determinationem. Quodſi enim hoc juramentum ad probandum etiam aſſertionem præciſe pertineret, quomodo judex poſſet præfinire certam ſummam, usque ad quam juretur, ſecundum *l.* 4. §. 2. *& l.* 5. §. 1. *ff. de in lit. jur.* Quando itaque arbitrio boni judicis congruit taxationem jurijurando adjicere, id non aliter efficere poteſt, quam ſi ei ſemiplene ſaltem fides de ipſa affectione fuerit facta, nam ſecundum illam affectionem taxationem debet moderare. Evidentius hoc ipſum cognoſcitur ex eo, quod iudex, ſi absque ejus taxatione juratum fuerit, nihilominus poſſit minoris reum condemnare *ex poſtea repertis probationibus* uti dicitur *in l.* 4. § 3. *ff. eod.* Cum enim hæ probationes non poſſint intelligi de pretio vero, pretium autem affectionis ſit ſolum in meo arbitrio poſitum, & ita admittat probationem contrariam, quid prohibet, quo minus hæc verba poſſint ita intelligi, ſi ex poſtea repertis probationibus conſtet, actorem decepiſſe judicem in probationibus præcedentibus de cauſa affectionis.

CAP. III.

Doctrinæ quædam iuris Romani ſecundum principia capitis præcedentis examinatæ.

SUMMARIA.

Connexio & methodus dicendorum. §. I.

Cauſa tot controverſiarum in doctrina de juramento in litem, §. II.

Datur ſolum juramentum in litem affectionis, non veritatis. Id quod ex ſingulis legibus tit. de in litem iurando oſtenditur. §. III. IV. V.

Reſpondetur illis, qui omne iuramentum affectionis negant. §. VI.

Juramentum in litem eſt vel regulare, quod ſemper eſt de pretio affectionis, vel irregulare, quod eſt de rebus incorporalibus, quorum nec pretium veritatis eſt; huc pertinet l. 7. ſi ſervit. vind. & l. 10. de in lit. iur. §. VII.

Neglectus huius diſtinctionis doctoribus anſam dedit, erroneo ſtatuendi, quaſi in caſu culpæ iuretur de pretio affectionis. §. VIII.

Compendium doctrinæ de iuramento in litem extat in l. 68. de R. V. ex qua certæ propoſitiones formantur. §. IX.

I *Locum habet ſi quis reſtituere iuſſus ſit. Reſtituere hic tam late accipitur, ut idem ſit quod tradere.* §. X.

II. *Si quis rem, quam poſſidet reſtituere detrectat, ea manu militari eſt auferenda. Quod etiam procedit ubi res tradenda eſt in actione perſonali.* § XI.

III. *Si quis rem non poteſt reſtituere dolo, juratur in litem. Sub dolo etiam comprehenditur lata culpa.* §. XII.

IV. *Si culpa, condemnatur quanti res eſt a judice æſtimata abſque juramento actoris.* § XIII.

Opponitur ex l. 5. §. 4. de in lit. jur. quod judex abſque juramento æſtimare non poſſet rem, quæ non extet. §. XIV.

Reſpondetur, hoc aſſertum falſum eſſe. §. XV.

Et vero ſimiliter hic ſubeſſe emblema Triboniani. §. XVI.

V. *Juramentum hoc in litem locum habet in omnis generis actionibus. Etiam in actione de dolo malo, & quod metus cauſa.* §. XVII.

(1) *In interdictis. Explicatur l. 15. §. 9. quod vi aut clam.* §. XVIII.

(2) *In actionibus in rem.* §. XIX.

(3) *In actionibus in perſonam, tam illis, quibus res noſtra nobis, reddi debet, ut in depoſito, commodato, locato.* §. XX.

Quam ubi rei dominium vel uſus in nos eſt transferendus, ut in Emtione. Dubia contra hanc ſententiam. §. XXI.

Ra-

Rationes pro ea. §. XXII.
Reſpoedetur rationibus dubitandi. §. XXIII.
An etiam (4) in iudiciis ſtricti iuris? Rationes pro negativo §. XVIV.
Rationes pro affirmativa. Vera ratio l.5 §.4 de in lit.iur. §. XXV.
Reſpondetur rationibus diſſentientium. §. XXVI.
Explicatur l.60.§ I.ad L. Falcid. §. XXVII.
In Lege Aquilia non iuratur in litem. §. XXVIII.
Ratio huius exceptionis. §. XXIX. XXX.
Interim ſi damnum dans doloſe aliis actionibus conveniatur, in litem iurabitur. §. XXXI.
Juratur in litem de rebus incorporalibus, ſed iuramento irregulari. §. XXXII.
An de rebus immobilibûs? Non videtur. §. XXXIII.
Neq; iuratur in litem de rebus mobilibus fungibilibus. § XXXIV.
Textus huc pertinentes. § XXXV.
In iuramento in litem etiam attenditur affectio extra rem poſita. §. XXXVI.
ICtos Romanos non ſemper reſpexiſſe ad regulam de pretio affectionis in res fungibiles non cadente, probatur ex eorum doctrina de acceſſione. §. XXXVII.
Regulæ, quod acceſſorium ſequatur naturam principalis, in applicando difficultas. §. XXXVIII.
In doctrina de ſpecificatione Tribonianus inepte excerpſit Gaium §. XXXIX.
Grotii vero ſententia conciliatur cum ICtis Romanis. §. XL.
Sententiæ tam Sabinianorum quam Proculianorum ineptitudo § XLI.
Inſufficientia tertiæ & mediæ ſeu Juſtinianeæ ſententiæ. §. XLII.
Deciditur ex doctrina hactenus expoſita, regulariter rem debere eſſe ſpecificantis. §. XLIII.
Quid iuris, ſi materia fuerit corpus in quod cadit affectio? §. XLIV.
Quid ſi ſpecificans ſpeciem venalem haberet. §. XLV.
Uſus doctrinæ Romanæ de ſpecificatione. §. XLVI.
De acceſſione partis ad totũ conſenſus fuit, dominum totius eſſe etiam Dominum partis. §. XLVII.
At circa ius domini prioris in partem diſſenſus fuit; aliis indiſtincte ei actionem ad exhibendum concedentibus. §. XLVIII.
Aliis diſtinguentibꝰ inter ferruminationẽ & plumbaturã § XLIX.
Ulpianus favet priori ſententiæ. §. L.
Pomponius neutro caſu actionem ad exhibendum concedit. §. LI.

Digitized by Google

Conciliationes communes ſunt parum probabiles. §. LII.
Sententia Pomponii *videtur rationabilior.* §. LIII.
Limitatione ea addita, niſi corpus in quod cadit affectio junctum ſit alterius tota, & adhuc extet. § LIV.
Durities ſententiæ Ulpiani, dominum purpuræ veſtimento intextæ agere poſſe ad exhibendum docentis. §. LV.
Doctrina de confuſione. §. LVI.
De commixtione, doctrina Juſtiniani eſt inepta & aliis textibus æquioribus repugnans. §. LVII.
Alia ſpecimina ſtultitiæ Triboniani in hac doctrina. Ulpiani ſubtilitas de differentia rei vindicationis & judicii communi dividundo. §. LVIII.
Confuſio doctrinæ de tigno juncto ex ſententia Triboniani orta. §. LIX
Ex mente Veterum ICtorum actio de tigno juncto ſaltem data fuit de tigno furtivo. §. LX.
Contrab. f. ædificatorem data fuit actio ad ſimplum. §. LXI.
De Plantatione ſententiæ ICtorum Romanorum ſubtiles magis, quam practicæ. § LXII.
Subtilitates ICtorum inutiles, nec abſq; contradictione aliorum de arbore in confinio poſita §. LXIII.
De ſatione res eſt plana. §. LXIV.
Ineptiæ de ſcriptura. §. LXV.
Nullum habentes uſum practicum. §. LXVI.
De pictura ſana diſpoſitio Triboniani, ſed cum negligentia conjuncta, quod antinomia recta ſit in Pandectis. §. LXVII.
Subtilitates Romanæ hactenus notatæ non obligant Interpretes ſinceros. §. LXVIII.
Nec habent uſum in foris Germaniæ. §. LXIX. *imo nec habuerunt in foro Romano.* §. LXX.

§ I.

QVæ in capitibus præcedentibus a nobis jacta ſunt fundamenta, illa partim ex natura rerum & ipſa doctrina morali fuerunt demonſtrata & deducta, partim etiam ex doctrina juris Romani illuſtrata. Utinam vero ſemper & ubique jus Romanum hiſce Principiis & fundamentis inhæsiſſet: Utinam JCti Romani non frequenter magis ad conceptus quosdam ſubtiliores, & ſecundum hodiernum loquendi ſtilum Metaphyſicos reſpexiſſent, quam ad actiones humanas, quæ in ipſis tamen obtinent rerum argumentis. Revocabimus itaque ſub examen, potiores doctrinas huc pertinentes ſecun-

Digitized by Google

ſecundum principia hactenus expoſita, eas partim exinde illuſtraturi, partim correcturi, partim de uſu moderno quædam adjecturi. Cum vera pretium affectionis potiſſimam ſedem habeat in doctrina de juramento in litem, pauca de illo ab initio quædam annotanda veniunt.

§. II. Sed fere hic ſtatim in limine obruimur infinitis fluctibus, quos interpretum crudum ingenium hic movet. Si enim unquam titulus juris Romani diſſenſionibus interpretum fuit obſcuratus, certe hunc titulum merito huc referendum eſſe arbitror, ita fere nulla propoſitio eſt, quæ non inepta quorundam expoſitione fuerit in dubium vocata. Et quid mirum? cum interpretes officium boni interpretis negligentes magis ad conceptus quosdam ſubtili ingenio excogitatos, quam ad rem ipſam reſpexerint.

§. III. Tralatitium eſt, juramentum in litem duplex eſſe, aliud *affectionis* aliud *veritatis*. Illud vocant, quando res æſtimatur per juramentum non quanti revera eſt, ſed quanti valet ex ſingulari affectione Domini: hoc vero quando res æſtimatur ex veritate. Et hæc eſt communis Interpretum, Pragmaticorum præſertim, opinio, judice Hunnio de rerum æſtimat: *Sect. 2. qu. 2.* Sed ſicuti jam Faber infinitos errores Pragmaticorum annotavit: ita me crimen nullum admiſſurum puto, ſi & hanc diſtinctionem canoniſatam licet tot interpretum autoritate, iiſdem erroribus involutam eſſe exiſtimem. Quamquam enim juramentum in litem affectionis fundatum in jure eſſe haud dubitem, juramentum tamen veritatis ad prædicata Hippocentauri referri utique meretur, h. e. quod non ſit in rerum natura. § 1. *J. de inutil. ſtipul.* Et quid opus eſſet juramento veritatis, cum in iis caſibus, ubi de vero pretio præſtando agitur, judex ipſe æſtimat, actor plane non juret, id quod jam textibus juris Civilis liquidum reddere neceſſe eſt. Initio ex *l. 1. ff. de in lit jurand.* conſtat, jusjurandum in litem unice ab Ulpiano definiri, ex eo, quando *ex contumacialis æſtimatur ultra rei pretium*, quod fit, ubi ob affectionem æſtimatio creſcit. Et Paulus *in l. ſubſeq.* 2 §. 1. *od.* id ipſum evidentius declarat: Duas enim ibi propoſitiones format: Prima eſt: *Indertum quod interſit agentis: ſolum æſtimatur.* Quomodo, & a quo? Non per juramentum, id enim verba ſequentia

tia non admittunt, nec doctrina communis JCtorum, qui quoties culpa non reſtituitur res, æſtimationem judici relinquunt, uti mox dicemus. Ergo, ubi ſolum intereſſe æſtimatur, juramentum ceſſat: Hinc ex adverſo opponitur altera propoſitio: *Cum vero dolus aut contumacia non reſtituentis punitur, æſtimatio fit, quantum in litem iuraverit actor.* Et hoc demum eſt juramentum in litem. Sed progrediamur ad reliquas leges hujus tituli. *In l.* 3. Ulpianus negat referri poſſe jusjurandum in litem ob nummos depoſitos, cum certa ſit nummorum æſtimatio, & præterea affectionem non recipiant. Idem tamen aſſerit, poſſe deferri juramentum, ſi quis jurare velit de eo, quod ſua interfuit, nummos ſibi ſua die redditos eſſe, veluti, ſi ſub pœna pecuniam debuit, aut ſub pignore, quod, quia depoſita ei pecunia abnegata eſt, diſtractum eſt. Hic igitur forſan inquis, juramentum in litem veritatis erit? Imo forſan non erit: Non enim Ulpianus dicit deferri hoc in caſu juramentum in litem de quo tamen caſu nobis unice ſermo eſt. Alioquin enim omnia juramenta judicialia & neceſſaria huc referre poſſes, ubi itidem veritas rei aſſeritur, id quod tamen hactenus memini, ut puto, unquam in mentem venit. Jurat hoc caſu actor ſibi tantum abeſſe, & ſic de fundamento ſuæ aſſertionis, quod alias probare in judicio debebat, per iuramentum iudici fidem facit. At hoc non eſt iuramentum In litem.

§. IV. Idem Ulpianus *in l.* 4 *pr. eod.* negat, tutores eſſe cogendos ad ſubeundum hocce iuramentum. At quare intelligit (ſine dubio affectionis. Id enim evincunt verba ſequentia: *Grave enim videbatur & ignorantes* affectionem, quam pater pupillorum erga rem habuit, & pupilli habere poſſunt, *& invitos tutores ſub alieni compendii emolumento* dum ultra verum rei pretium ob affectionem æſtimatio creſcere debet, *etiam periurium anceps ſubire*, ſi forſan non tantam erga rem affectionem habuerit pater pupillorum, quanti iuraſſet. Et ne forſan dubium aliquod ſuperſit, concludit hanc legem §. *ult.* Ulpianus hiſce verbis, ſententiam noſtram apprime firmantibus: *Ex culpa autem non eſſe iusiurandum deferendum conſtat, ſed æſtimationem a judice faciendam*: Id quod etiam Marcianus ſuo approbat calculo *in l.* 5. §. 3. *eod.* inquiens: *Sed in his omnibus ob dolum*

lum ſolum in litem iuratur, non vero ob culpam hanc enim iudex æſtimat. Equidem *in* §. *ſeq.* 4. hæc aſſertio videtur eſſe limitata, & exemplum iuramenti veritatis poſitum, ad quod etiam interpretes incaute provocare ſolent, dum ratio a JCto ponitur, cur in actionibus ſtricti iuris aliquando in litem iuretur, quia ſc. iudex non poſſit æſtimare rem, quæ non extat ſine relatione iuramenti. Judex enim de veritatis pretio æſtimat. Si ergo iudex ad hoc inveniendum iuramentum in litem defert, dabitur utique iuramentum in litem veritatis. Sed ad hoc dubium infra, commodior reſpondendi locus erit. §. 14. Ergo adeſſe iubemus Marcellum *in l.* 8. *eod.* qui aperte a noſtris ſtat partibus. Exemplum ibi affert de Tutore rem adulti, quem poſſidet, reſtituere recuſante, quæritur itaque utrum *quanti res eſt*, an *quanti in litem iuratum fuerit* condemnari debeat? Reſpondet, non æquum eſſe *pretio* (vero nimirum) *litem æſtimari* ſc. a judice, *cum & contumacia puniendaſit.* Et Marcellum in verbis, ubi negat, *pretio litem eſſe æſtimandam*, non reſpexiſſe ad iuramentum in litem, ſed ad taxationem iudicis, patet ex oppoſitione verborum ſequentium: *arbitrio potius Domini rei pretium ſtatuendum eſſe, poteſtate petitori in litem iuranti conceſſa*, quam ipſius iudicis, ſecundum veritatem litem æſtimantis abſque ullo petitoris iuramento.

§. V. Quid vero Javolenus *in l.* 9. *eod*? Ille tantum ſolicitus eſt, ut formulam iurisiurandi in litem in materia condictionis furtivæ explicet, ut ſc. dum actor affectionem ſuam iureiurando in litem exprimere velit, & vero in formula condictionis videat, ſe iurare debere, *tanti* rem fuiſſe, non hæſitet ac cogitet, in iureiurando in litem iurari de tali ſumma, qua *pluris* rem æſtimat iurans, quam *quanti* res communiter vendebatur. Reſpondet enim Javolenus: Quod res *pluris* eſt, utique *tanti* eſt, ſc. ex affectione eius, cui res furto eſt ablata. Forſan Calliſtratus *in l.* 10. *eod.* diſſentientibus aliquod patrocinium offeret? ſed leve erit, ſi examinetur accuratius. Quæſtio ibi ſolvitur de inſtrumentis non exhibitis, actorique permittitur *in litem iurare, quanti* ſua intereſt, ea proferri, ut tanti condemnetur reus. Ergo inquis, habebimus iuramentum in litem, ubi pretium veritatis attenditur. Minime vero. Nam lex de nullo pretio loquitur. Inſtrumenta enim, qui merx non ſunt, nec pretium

tium, affectionis habent, nec verum pretium. Ergo ex natura rei non poterit aliter res æſtimari, quam quanti intereſt. Denique agmen claudat Paulus *in l. f. eod.* qui evidentius firmat noſtram hypotheſin dicendo: *De perjurio ejus, qui ex neceſſitate juris in litem juravit, quæri facile non ſolere.* Si de vero pretio iuraretur facile poſſit de periurio quæri, quia facile poſſet oſtendi, tanti rem non fuiſſe. At cum iuretur de affectione, quis me facile convincet, me falſo iuraſſe. Nec nova hæc opinio eſt de ſolo iuramento affectionis, cum jam dudum Wiſſenbach, & Huber. *ad ff. h. t.* hanc eandem foviſſe conſtet.

§. VI. Fortius vero contra nos pugnare videntur Marcus Lyclama *in comm. de ineund. rei debitæ æſtimat. ad l. 27. de R. Cred. n. ult.* & Joh. Coraſius 6. *Miſcell* 1. Qui omne iuramentum affectionis negant, & unicum ſolummodo iuramentum veritatis ſtabilire conantur. Verum ex hactenus dictis tela eorum facile rumpi & repelli poterunt. Putridum enim fundamentum eſt, quod petitur *ex l. 63. pr. ff. ad L. Falcid.* ubi Paulus, (qui tamen, ut *ex anteced.* §. §. conſtat, tam perſpicue pro iuramento in litem affectionis pugnat,) ita: *Pretia rerum non ex affectu, nec utilitate ſingulorum, ſed communiter funguntur.* Exinde colligere volunt, Ergo non datur iuramentum in litem affectionis. Quid vero inde aliud evincitur, quam quod, ut *c.* 1. iam prælibavimus, in civitate rarius, & non niſi ex neceſſitate, imo extra ordinem recurratur ad pretium affectionis, ordinarie vero reſpiciatur ad pretium legitimum. Quis autem hoc negat? Regula non excludit exceptiones Porro, dicunt, in operis ſervorum æſtimandis negat Ulpin. *in l. f. ff. de oper. ſerv.* æſtimationem haberi voluptatis vel affectionis, veluti, ſi dilexerit ſervum dominus, aut in pretio habuerit. Ergo &c. A vero hic non agitur de doloſa denegatione reſtitutionis, ubi iuramentum in litem affectionis demum locũ habet. Termini etiam habiles in omni caſu ſupponendi ſunt. Neque huc commode applicari poteſt *l. 1. § 15. ff. ſi quid in fraud. patron.* ubi patronus non auditur revocare volens rem iuſto pretio a liberto venditam, propterea quod dicat rem quidem iuſto pretio veniiſſe, verum tamen hoc intereſſe ſua non eſſe venundatam, inque hoc eſſe fraudem, quod venierit poſſeſſio, in quam habet patronus affectionem

Digitized by Google

nem vel oportunitatis, vel vincinitatis, vel cœli, vel quod illic educatus ſit, vel parentes ſepulti: Reſpondet enim ipſe Ulpianus, hic non agi de reſtitutione rei doloſe denegata, ne quidem fraudem in hoc caſu, ubi juſto pretio res vendita eſt, concipi poſſe, cum demum tum fraus ſubeſſe credatur, ſi damnum pecuniarium ſubſit, id quod tamen ceſſat, æub juſto pretio res veniit. *Ad l. 33. ff. ad L. Aquil.* infra commodius reſpondebimus, diſquiſituri, cur in L. Aquil. non iuretur in litem. Cæterum, qui ulterius dicti Authores formant argumenta contra juramentum in litem affectionis, ea partim petunt id, quod eſt in principio, veluti quod nusquam legatur, ex affectione ſola æſtimationem rei creſcere, item quod juramentum in litem deferatur ratione ejus, quod pecuniariter actoris intereſt, damnum autem pecuniarium in affectione non conſiſtere: Partim vero ad ea jam ſupra §. 3 & 5. reſponſum, ſc. *ad l. nummis 3. & l. in inſtrumentis 10. ff. de in lit. jurand.* partim etiam aperte falſa ſuut, veluti, quod alioquin duo ſpecialia circa eandem rem concurrant, ſc. ut actor conſtituatur judex, & teſtis in propria cauſa, & ſimul juret de propria affectione, nam hoc non inconveniens eſſe, in jure noſtro apparet ex §. 5. *J. de adopt* ubi duplex fictio concnrrit. vid. Huber. *in poſit. ad J. cit. tit.* §. 8. Denique duo reliqua argumenta minus ponderis habent. *Si enim* inferunt, *ex contumacia creſcit æſtimatio, non craſcit ex affectione.* Negamus enim conſequentiam, cum ejusdem rei plures poſſunt eſſe cauſæ. Creſcit æſtimatio ex contumacia, h. e. dolus rei cauſa eſt, cur juretur in litem, & tamen ſimul creſcit ex affectione h. e. actor jurans jurat de affectione ſua, quæ plures eſt, quam pretium vulgare. Et illud oppido falſum eſt, quod jurare ultra veritatem ex affectione ſit pejerare. Naturam perjurii & juramenti in litem affectionis ſine dubio non intellexit Coraſius, cum hæc ſcripſerit. Reliqua huc pertinentia vid. apud Hunnium *de rerum æſtimatione S. 2. quæſt. 2.*

§. VII. Ut vero mentem noſtram, quam de juramento in litem *in* § 4. explicando leges ſingulas, dedimus, explicemus, dedere illæ leges occaſionem inquirendi, qua ratione commodius jusjurandum in litem dividi poſſet. Et tum rei natura tum conſenſus. Le-

gum Romanorum nos eo deduxit, ut aſſeramus, jusjurandum in litem rectius dividi poſſe in *regulare* & *irregulare*: illud vocamus, quod præſtatur de rebus, quarum pretium eſt, & quæ mercium vicem poſſunt ſuſtinere in emtione, venditione. Atque hoc ſemper affectionis eſt, quia tales res ſupponit, in quas cadit affectio. Iuramentum vero in litem irregulare vocamus, quod præſtatur de rebus quæ mercium nomine non veniunt, ut ſunt res incorporales, jura, ſervitutes, & quæ in facto conſiſtunt, ut exhibito inventarii, harum rerum proprie non eſt pretium, multo minus aliquod pretium affectionis, nec ſunt obiectum emtionis venditionis ordinarium unde hic iuratur neceſſario, quanti intereſt. Et ſic facilius forſan iam intelligi poteſt. *l. 7. ff. ſi ſervit. vindic.* Ubi, ſi non præſtetur in actione confeſſoria, quod præſtandum erat, neque caveatur, tanti reus condemnandus quanti actor in litem iuraverit. Quis vero dixerit, hoc caſu adeſſe pretium veritatis? Similiter ratione inſtrumentorum non exhibitorum permittitur actori iurare in litem, quanti ſua intereſt, ea proferri *l. 10. ff. de in lit. iur.* Quamvis itaque hoc caſu doloſe denegetur exhibitio, non tamen regulare iuramentum in litem præſtari poteſt, ob deficiens obiectum affectionis, ſed quanti alterius intereſt.

§. VIII. Hanc diſtinctionem dum neglexerunt Doctores, in craſſum inciderunt errorem, ut putaverint, hoc in caſu adeſſe iuramentum veritatis, quod ſemper locum habeat, ſi culpa res non poſſit reſtitui, cum tamen in caſu culpæ plane non iuretur, ſed ipſe iudex rem taxet. Quid vero, ſi ex hypotheſi communi in illis caſibus, ubi irregulare locum habet, non poſſit adeſſe iuramentum veritatis, cum circumſtantiæ caſuum ibi propoſitorum indicent, non de culpa, ſed potius de dolo agi. Aſt de dolo non præſtatur veritatis, ſed affectionis iuramentum, etiam ex communi hypotheſi.

§. IX. Summarium porro totius doctrinæ de iureiurando in litem Ulpianus propoſuit *in l. 68. de R. Vind.* Sed utinam prudentius Tribonianus in compilandis legibus verſatus fuiſſet, & leges ſuo loco non alieno, ut hic, propoſuiſſet. Certe, quia in hac lege compendium totius doctrinæ, de qua nunc agimus, continetur, non ad titulum de rei vindicatione, ubi tantum incidenter de iuramento in li-

tem

tem agitur, ſed potius ad titulum, ubi ex profeſſo de juramento in litem tractatur, referri debuiſſet. Et ſi providentia Tr boni nea non nimis hic obdormiviſſet, providentiores quoque forſan fuiſſent Dd. in themate hoc tractando, & ex hac, tanquam fundamentali propoſitione, omnes reliquas leges explicaſſent, nec ita diſſenſiones multiplicaſſent. Age igitur, reſolvamus textum in certas propoſitiones.

§. V. Locum (1) habet iuramentum huc, *ubi quis reſtituere iuſſus eſt*. Ita enim Ulpianus *qui reſtituere iuſſus*, & in f. *ex quibus arbitratu iudicis quid reſtituitur*. *Reſtituere* autem non ſolum denotat id, quod reus facere debet in actionibus realibus, ſed & quod præſtare debet in actionibus perſonalibus, non ſolum, ubi rem meam peto, ſed & mihi debitam, cuius poſſeſſionem nondum habui, ut reſtituere idem ſit, ac tradere. Unde dantur reſtitutoria interdicta bonorum poſſeſſori ad reſtitutionem, h. e. traditionem eorum, quæ quis pro herede, aut pro poſſeſſore poſſidet. §. 1. *J. de interd.* Et Cajus *in l. 22. de V. S.* reſtituere, in genere dicit, eſſe poſſesſorem facere. Qui ſolvere & præſtare hominem certum ex ſtipulatione debuit, dicitur reſtituere. *in l. 82. in f. de O. V.* Reſtituere pro ſolvere uſurpatur in *l. 8. in f. C. de act. E. V.* vinum, quod ex emto tradi debuit, reſtituendum eſſe dicitur *in l. 12. C. ead.* Si quid ſervo diſtracto donatum fuerit, hoc quoque reſtituendum eſſe emtori, dicit Ulp. *in l. 13 §. 18. ff. eod.* item ibid: *Quod ex operis ſervus præſtitit venditori, emtori reſtituendum eſt*. conf. *l. 6. C. unde vi. l. 14. §. ult. ff de ſerv. corrupt.*

§. XI. Altera propoſitio eſt; *Si quis rem debet reſtituere ſiquidem eam habeat, manu militari officio iudicis ab eo poſſeſſio transfertur.* Id quod etiam aſſeritur *in l. 36 ff. de liber. cauſ.* ubi Papin. ita: *Dominus qui obtinuit*, (ſc. rei vindicatione) *ſi velit ſervum ſuum abducere, litis æſtimationem pro eo accipere non cogetur*. Atque hoc non tantum locum habet in actionibus realibus, ſed etiam in perſonalibus, cum nunquam in alterius arbitrio ſit, an velit rem mihi debitam præſtare ſed præciſe eam tradere tenetur, id quod *cap. antec.* exemplo emtionis venditionis fuſius declaratum. Dum enim jus venditori, præciſam neceſſitatem tradendi rem ex contractu debitum, imponit, ſine

Digitized by Google

dubio etiam remedia creditori ſuggerit, quibus ab invito res auferri poſſit, id quod fit per manum militarem, h. e. per eos qui, ad exequendam Judicis ſententiam ſemper promti & parati eſſe debent. vid. l. 3. *ff. ne vis fiat.*

§. XII. Tertia propoſitio eſt: *Si non poteſt reſtituere, ſi quidem dolo fecit, quo minus poſſit, is, quantum adverſarius in litem ſine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus eſt.* Hic ergo ſine dubio intelligitur juramentum affectionis, quod nec communiter diffitentur Dd. tum, quia dolus hic concurrit, tum, quia ea ratione contumacia alterius punienda eſt, ut dicitur in *l. 8. ff. de in lit. jur.* Idem JCtus *in l. 4. §. 2. ff. de in lit. jurand.* id ulterius confirmat, arbitrium tamen jurantis quodammodo reſtringens, ita, ut aliquando judex ex juſtis cauſis jurijurando modum præfinire poſſit, ut intra certam quantitatem juretur, ne arrepta occaſione in immenſum juretur, conf. *l. 5. §. 1. ff. eod.* Cum vero ſub dolo per interpretationem Juris etiam contineatur culpa lata, uti jam dictum eſt §. 17. *c. antec.* in iis videlicet caſibus, ubi de damno reſarciendo & intereſſe privato agitur, Struv. *Ex 19. th.* 21. ita etiam hic culpa lata non excluditur. Lauterb. *tit. de in lit. jurand.* Neque hac de re dubitandum amplius, poſtquam Imperator Antonius in *l. 2. C. de in lit. jurand.* hoc diſertis definit verbis, inquiens: *Sin vero neque dolus, neque lata culpa, neque fraus heredis convincitur, omiſſa jurandi facultate, judex de veritate cognoſcet, quæ etiam argumentis liquidis inveſtigari poteſt,* conf. Hunn. *de æſtimat. rer. Sect. 2. qu. 6.*

§. XIII. Quarta propoſitio eſt: *Si non poteſt reſtituere, nec dolo fecit, quo minus poſſit, non pluris quam quanti res eſt, i. e. quanti adverſari interfuit condemnandus eſt.* Quomodo vero id ipſum, *quanti res eſt* æſtimetur, diximus jam ſub. §. 3 & 4. nempe, ipſius judicis definitioni & taxationi rem committi non vero ullum jusjurandum adverſario imponi, id quod text9 ibi allegati evidentiſſime probant. Probat id ipſum ulterius Antoninus in *cit. l. 2. C. de in lit. jur.* ubi diſerte aſſeritur, ſi neq; dolus, neque culpa lata alicui imputari poſſint, quominus reſtituat, iudicem de veritate cognoſcere *omiſſa jurisiurandi facultate*, h. e. ut nequidem poſſit iusiurandum deferre, ſi vel maxime velit. Declarationis ulterioris gratia huc etiam referri

poſſet

Digitized by Google

poſſet *l. 71. ff. de R. V.* ubi actoris, ſi poſſeſſor doloſe alienaverit rem, electioni concreditur, an velit iurare, h. e. iuramentum affectionis præſtare, an vero omiſſo iuramento, quanti res ſit, petere, ubi mos ei gerendus eſt. Neceſſario inde concludo, quod ſaltem ibi iurari poſſit, ubi de affectione iuratur, non vero ubi veritas tantum inſpicitur. Ibi enim ſolus æſtimat iudex, *l. 4. §. 4. l. 5. §. 3. ff. de in lit. iur.*

§. XIV. Verum enim vero hic facile prævideo diſſentientes, ultimam illam propoſitionem Ulpianeam, prout a nobis explicata eſt, concoquere non poſſe, dum exinde concluſionem formavimus hanc, quod non detur iuramentum in litem veritatis. Producunt enim *l. 5. §. ult. ff. de in litem iur.* ubi Marcianus ita loquitur: *plane interdum & actione ſtricti iudicii in litem iurandum eſt, veluti ſi promiſſor Stichi moram fecerit, & Stichus deceſſerit, quia iudex æſtimare ſine relatione iuris iurandi non poteſt rem, quæ non extat.* Ex quo inferunt, quia ſemper ſupponi debet in materia iuramenti in litem rem non extare (quodſi enim extet iudex manu militari rem auferet ſecundum propoſitionem ſecundum Ulpianeam *d. l. 68.* vid. §. 11.) erga iudex nunquam ipſe æſtimare, ſed ſemper iuramentum, etiam hoc caſu, ubi per culpam reſtitui nequit, deferre debet, quod adeoque aliud eſſe nequit quam iuramentum in litem veritatis.

§. XV. Sed reſpondemus, rationem iſtam Marciani eſſe ineptam, quia contradicit Ulpiano in *l. 4. §. 4. eod.* ubi docet, iudicem debere æſtimare, ſi res culpa non extet, imo ſibi ipſi in eadem *l. 5. §. 3.* ubi idem inculcat, quod Ulpianus dixerat. Si enim eo demum caſu, quo res per culpam non poteſt reſtitui, & ſic non extat, quanti revera res eſt, æſtimatur, & hæc æſtimatio per ipſum iudicem tunc fit, quomodo abſque fuga contradictionis poteſt dici, iudicem non poſſe ſine relatione iurisiurandi æſtimare rem, quæ non extat? Deinde hæc ratio repugnat naturæ ipſius rei: Nonne enim poterit iudex æſtimare ipſe rem, quæ non extat, veluti, per teſtes, qui illam viderint, antequam periret? facile enim erunt, qui rem vel apud dominum vel apud ipſum poſſeſſorem viderunt. Nonne ipſe poterit iudicare de rei pretio, ſi res poſt litem conteſtatam de-

mum perdita fuerit? fiebat enim olim vindicatio in re præſenti, h. e. ante litis conteſtationem res ducebatur in forum coram Prætore, Conf. *Cic. in orat. pro Mur. c.* 11.

§. XVI. Quid itaque de Marciano tandem fiet? vel dicendum, ipſum ſomniaſſe, dum hanc rationem ſibi ipſi repugnantem poneret, vel quod probabilius, (quis enim de homine prudente præſumeret, ipſum in uno contextu ſibi ipſi contradixiſſe) ad Triboniani emblemata hanc rationem referendam eſſe. Quis enim ignorat, eiusmodi emblematibus totum jus noſtrum refertum, imo potius corruptum eſſe, ita ut iam integrum librum de eiusmodi interpolationibus Tribonianeis conſcripſerit Wiſſenbachius. Neque vero, hæc aſſertio conjectura deſtituitur, ſapit enim ratio ibi poſita egregie ingenium Triboniani, qui non ſatis perſpiciendo JCtorum veterum mentem, ſæpius ſua interpolatione hallucinatus eſt; Indicare quoque hoc ipſum verba legis videntur, vix enim invenies apud JCtos veteres, vt voce *actionis ſtricti iudicii* uſi fuerint, quin ubique ſtricti juris actio vel negotium deprehendatur. Verum autem rationem legis dabimus infra, ubi de ſtricti iuris negotiis, quatenus ibi juramentum in litem locum habeat, agendum erit.

§ XVII. Quinta & ultima propoſitio ex *l. 68 de R. V.* hæc eſt: *Hæc ſententia generalis eſt, & ad omnia, ſive interdicta ſive actiones in rem ſive in perſonam ſunt, ex quibus arbitratu iudicis quid reſtituitur, locum habet.* Et ne careat hæc aſſertio exemplo, ſtatim producamus Paulum, qui *in l. 18. pr. ff. de dolo malo* de actione de dolo malo, & quod metus cauſa, ubi arbitrio iudicis reſtitutio ſit, ita loquitur: *Arbitrio iudicis in hac quoque actione reſtitutio comprehenditur, & niſi fiat reſtitutio, ſequitur condemnatio, quanti ea res eſt. Ideo autem & hic, & in metus cauſa actione certa quantitas non adiicitur; ut poſſit per contumaciam ſuam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iuraverit. Sed officio iudicis debet in utraque actione, taxatione jusjurandum refrenari,* Dubia, quæ hic movet Anton. Faber reſolvit Hunnius *de æſtimat Sect. 2. q 13* ſed videamus de ſingulis.

§. XVIII. Locum (1) habet in interdictis, cum enim ibi quoque agatur de reſtitutione poſſeſſionis, non dubium, quin etiam

Digitized by Google

etiam hic iuramentum in litem locum habere poſſit. Illuſtrat ſuam propoſitionem ipſe Ulpian. *in l. 15. § 9 ff. quod vi aut clam.* ita: *Sed quod interfuit, aut per iusiurandum, quod in litem actor iuraverit, aut ſi iurare non poſſit, iudicis officio æſtimandum eſt.* Sed dici poterit, hic tantum intereſſe præſtatur, & vel officio judicis, vel jurejurando determinatur. At vero æſtimatio affectionis, ab æſtimatione ejus, quod intereſt longe differt. Largior certe, hoc argumentum utique aliquid in receſſu habere, ut non mirandum ſit, quare ſummus JCtus Anton. Faber ad errores Pragmaticorum hanc ſententiam retulerit *in Error. Pragm. Dec. 18. Err. 7.* Interim tamen uterque Ulpiani textus contrarium aſſerit, & jam patet, quam difficile ſit hunc nodum ſolvendi, ſi negligatur diſtinctio ſupra a nobis tradita inter juramentum in litem regulare, & irregulare. Nam, cum hic talis res vertatur, cujus pretium proprie non eſt, hic locum quidem habet juramentum in litem, ſed irregulare, quanti ſcil. intereſt. Et hoc modo jam ſine omni difficultate reſponderi poteſt Fabro, & ejus dubiis ſatisfieri, quod minus feliciter præſtitit Hunnius de æſtimatione rerum. *Sect. 7. qu. 9.* ubi quidem dicit, id quod intereſt, & quanti in litem juratum eſt, eſſe diverſa, non vero contraria, ſed non oſtendit, in quonam diverſitas illa conſiſtat, quia ex errore communi hanc diſtinctionem a nobis traditam, in re ipſa tamen fundatam, inſuper habuit.

§. XIX. Deinde locum obtinet hoc iuramentum in litem ſecundum ultimam Ulpiani propoſitionem, *in actionibus in rem,* ſeu realibus. Nam forſan, nemo dubitabit ibi de reſtituendo agi, conf. *l. 5. pr. ff. de in lit. iur.* Accedit & illa ratio, quæ etiam & a ICtis veteribus in LL. & a Dd. quoad juramentum in litem regulariter dari ſolet, *quod invitus nemo debeat cogi ad dominium ſuum in alterum transferendum.* Provocat ad hanc ipſam Pomponius *in l. 70. de R. V.* quam Tribonianus *l. 68* ſubjecit, ut ita ad illam quoque pertineat. Apertius hanc ſubſiſtit Paulus *in l. 9. ff. de act. rer. amot.* ubi quæſtio da muliere, res amotas reddere recuſante, vertitur, & æſtimatio, quanti vir in litem juraverit, fieri debere aſſeritur, ſubjuncta hac ratione: *Non enim æquum eſt, invitum ſuo pretio res ſuas vendere*

re

re. Idem in *l. 25. §. 1. ff. ſolut. matrim.* ad hanc provocat ſi maritus dolo malo fecerit, quo minus reſtituere poſſit dotem, & ſic damnandus ſit quanti in litem mulier juraverit, quia inquit: *invitis nobis res noſtras alius retinere non debet.* Cum itaque & actio hypothecaria ad actiones in rem referri debeat, hinc non mirandum, quare Marcianus *in l. 16. §. 3. ff. de pign.* hic quoque juramentum in litem admiſerit. Ita enim ille: *Sin vero* (is quocum creditori res eſt:) *dolo quidem deſiit poſſidere, ſumma autem ope niſus, non poſſit rem ipſam reſtituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem iuraverit, ſicut in cæteris in rem actionibus.* conf. Hunn *cit. l. qu. 7.* Ubi tamen rurſus illud monendum, aliquando tantum locum habere iuramentum in litem irregulare, uti *in l. 7. ff. ſi ſervit. vind.* de quo actum ſupra §. 7

§. XX. Denique locum habet in actionibus in perſonam, quibus res reſtitui iubetur. Tales vero ſunt, vel quibus, res a nobis profecta nobis reddi debet, vel quibus rei certæ poſſeſſio, vel uſus, vel dominium in nos transferri, & ſic reſtitui debet. Tam late enim patre vocem reſtitutionis ſupra §. 19. dictum eſt. Prioris exempla plura in noſtro iure occurrunt. Sic in depoſito iurari in litem diſerte fatetur Ulpian. *in l. 1. §. 26. depoſ.* ſcilicet in directa actione, inquit idem in *l. 5. pr. eod.* ibi *de fide rupta agitur, ſed de indemnitate eius, qui depoſitum ſuſcepit.* In actione locati idem iuris eſſe patet ex *l. 45. §. 1. ff. locat.* De actione commodati idem Ulpian. *in l. 3. §. 2 ff. commod.* ita loquitur: *in hac actione, ſicuti in cæteris b. f. iudiciis ſimiliter in litem iurabitur.* Idem de actione tutelæ hoc affeterit *in l. 9. pr. ff. de admin. tut* conf. *l. 8. ff. de in lit. iur.* Ratio hiſce in caſibus eadem eſt, quæ modo *in §. 18.* allegata eſt.

§. XXI. Poſterioris exemplum potiſſimum occurrit in Emtione venditione, ſed hic revera eſt pomum Eridos neque diffitendum, multa dubia circa hanc occurrere, adeo, ut non mirandum ſit, plures a contrariis ſtare partibus, unde negativam hic tuentur Struv. *Ex. 17. th. 54* Franck. *ad ff. h. t.* Bachov. *ad Treutl. vol. 1. diſp. 21. thi. 12. lit. a.* Perez. *in C. h. u. 4.* Anton. Faber. *dec. 17. error. 9.* Hunnius *cit l. qu. 11,* & plures alii. Rationes vero dubitandi in hiſce

ſce potiſſimum conſiſtunt. (1) quod *in l. 4. C de act. E. V.* expreſſe dicatur, *ſi traditio rei venditæ juxta emtiones contractum, procacia venditoris non fiat, quanti intereſſe compleri emtionem arbitratus fuerit præſes provinciæ, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit*, (2) quod nullibi dicatur, quod in hac actione jurari poſſit in litem. Equidem Lauterb. *tit. ff. de in lit. jur.* plures hic conglomerat textus, unde affirmativam ſuſtinere contendit. ſed tamen inde nihil legitime inferri poteſt. Nam in *l. 8. & 12 C. de act. E. V.* quidem intereſſe adjudicatur, ſed de juramento in litem nihil ibidem diſponitur. *l. 13. §. 15. ff. eod.* plane nihil de hoc juramento habet. Idem dicendum de reliquis, uti evolventi hos textus apparebit. (3) Quia hic nihil proprie reſtituitur, agitur enim in hac actione vel ad dandum, vel ad uſucapiendi conditionem transferentam, ut ſc. rem venditam habere liceat, at vero juramentum in litem tunc demum locum habet, ubi agitur de re noſtra reſtituenda *l. 68. ff. de R. V.* (4) Quia nullibi etiam ratio juramenti in litem in legibus datur, quod ſc. invito alteri aliud pro alio ſolvi nequeat, ſed illa ſolum extat ratio, quod nemo teneatur rem ſuam invitus alteri vendere. vid. §. 19. quæ tamen huc applicari non poteſt. (5) Quia tum demum in litem juratur, ubi res æſtimanda eſt. At in emtione venditione res emta jam ſatis ab ipſis contrahentibus eſt æſtimata (6) Quod actio emti natura ſua detur ad intereſſe, quo caſu non pars, ſed judex intereſſe æſtimat. *cit. l. 4.*

§. XXII. Verum hæc me non movent, quo minus a negativa recedam ſententia. Etenim (1) eadem eſt ratio regulæ: *Quod creditori invito aliud pro alio ſolvi non poſſit*, quam regulæ, *quod nemo invitus ad rem ſuam vendendam cogi poſſit*. Subeſt eadem æquitas, utraque ex eodem principio fluit, iisdem limitationibus conſtat, ceu *cap. antec.* ad oculos demonſtratum eſt. cur ergo diverſa hic eſſe deberet diſpoſitio? (2) In genere aſſeritur in *l. 68. de R. V.* quod in omnibus actionibus, ubi quid reſtituendum, locum habere debeat hoc juramentum. Jam vox *reſtitutionis* etiam prædicatur de iis, quæ præſtari debent ex contractu emtionis venditionis. vid. *ſup. §. 10.* (3) Quia *in l. 5. pr. ff. de in lit. jur.* in genere dicitur, quod in b. f. judiciis in litem juretur, ubi ſc. arbitrium judicis æquitati fundatum do-

dominatur. Et ſane graviter peccaſſet Marcianus, ſi hanc notabilem exceptionem, ut emtio venditio excipi debeat, non expreſſiſſet. Ea enim. quæ notabilia ſunt, a ICtis nunquam negligi ſolent. *l. 15. §. 26, ff. de iniur.* (4) accedit, quod etiam in ſtrict. iur. negotiis locum habeat, ſi agatur de corporibus, uti mox dicemus, quid ni ergo in emtione, ubi iudex ex æquo & bono poteſt adiudicare. Atque huic ſententiæ accedunt Faber. *de in lit. iur. th. 64.* Lauterb. *Ex. 23. concl. 20.*

§. XXIII. Ex his itaque iam ſine omne difficultate ſatisfieri poteſt dubiis, ſupra §. 21. factis. Potiſſimum dubium diſſentientium conſiſtit *in l. 4. C. de act. E. V.* ad quam tamen varie reſponderi poteſt. Illa enim agit de eo caſu, ubi adhuc extat res vendita, ſed alter eandem iuxta conventionis terminos tradere recuſat, alter vero pro re eligit petitionem intereſſe, id quod facere utique poteſt. *l. 4. ff. de R. V.* nam in caſu rei extantis nequidem in litem iurari poteſt. Unde merito reiiciendum, quod Wiſſenb. ex hoc textu colligit, quaſi venditor non præciſe teneatur ad rem tradendam, ſed quod præſtando intereſſe liberetur, quem errorem *cap. antec.* ſatis ſuperque refutavimus; vel dici poteſt, legem agere de re immobili vendita, ubi non procedit iuramentum in litem, quod ex mox dicendis liquidem reddemus. Imo quod ſi dicamus *d. l. 4.* loqui de condemnatione ex iuramento affectionis facienda? Etſi enim mentionem faciat, quanti interſit, hæc tamen phraſis non ſemper excludit affectionem, ſed aliquando includit, ut in *l. 18. pr. de dolo malo.* vid. ſub. §. 17. idem *in l. 9 ff. de in lit. iur.* vid. *ſub.* §. 5. Ratio ſecunda nullius momenti eſt: ſufficit enim quod in genere dicatur, in b. f. iudiciis in litem jurari. Ad tertiam & quartam iam reſponſum eſt in rationibus decidenti §. *præc.* Quinta certe minus obſtat. Cum enim res duplex pretium recipiat, (1) verum, (2) affectionis, quid obſtat, quo minus res æſtimata ſecundum verum pretium, adhuc de nouo æſtimari poſſit ſecundum pretium affectionis? Ultima denique ratio non excludit in caſu extraordinarie obveniente juramentum affectionis.

§. XXIV. Cum vero in lege noſtra 68. non diſtinguatur inter actiones b. f. & *ſtrict. iuris*, ſed generaliter aſſeratur, toties locum ha-

habere, quoties quis iuſſus eſt rem reſtituere, nec ob dolum reſtituere poteſt. Quæſtio hinc oritur, an etiam in ſtricti Juris judiciis locum habeat juramentum in litem. Qui negativam defendunt, fundant ſe in *l.* 5. *pr. ff. de in lit. jur.* ubi dicitur: In actionibus in rem & in ad exhibendum, *& in h. ſ. iudiciis in litem juratur.* Accedit quod *in l.* 5. §. 4. *eod.* in certo demum caſu in actionibus ſtricti Juris concedatur iuramentum hoc, videlicet ſi res non extat, *quia judex*, inquit Marcianus, *æſtimare ſine relatione iuriſiurandi non poteſt rem, quæ non extat.* Ex quo inferunt, quod regulariter non habeat locum in his actionibus, cum exceptio firmet regulam in caſibus non exceptis. Imo *in l.* 6. *eod.* expreſſe dicitur. *ſi ex ſtipulatu vel teſtamento agatur, non ſolet iurari in litem.* Et enim contra Javolenus in *l.* 60. §. 1. *ff. ad L. Falcid* tanquam indubitatum ſupponat, poſſe in actione ex teſtamento jurari in litem, dum quærit, an legis Falcidiæ ratio, an ejus ſummæ, in quam legatarius juravit, haberi debeat; Dicent tamen diſſentientes forte hic ſubeſſe antinomiam, vel ſententiam Javoleni de ſuo iuramento veritatis exponent.

§. XXV. Nos vero ſecurius inhæremus Regulæ Ulpianeæ: Ubi contra dolo malo non reſtituentem juratur in litem, ſi modo res talis ſit quæ affectionem recipiat, Quoties ergo etiam in actionibus ſtricti iuris quis iubetur talem rem reſtituere, non autem facit, merito iuratur in litem, Et huc iam ſpectat, *l.* 5, §. 4. *de in lit, jur.* ubi contra promiſſorem Stichi, cuius mora res interiit, iuramentum in litem conceditur, etiam in actionibus ſtricti iuris, quamvis non ex ſpuria illa & ſæpius jam improbata ratione, quod iudex æſtimare ſine relatione iuriſiurandi non poſſit rem, quæ non extat, ſed quod Stichus talis res ſit, in quam cadere poteſt affectio, adeoque merito iuramentum in litem admittentum erit, ubi propter moram, quæ plerumque dolum continet, vel ſaltem latam culpam non poteſt res reſtitui. conf. Hunn. *de æſtim. rer. Sect.* 2. *qu.* 14.

§. XXVI. Ut igitur dicamus quod res eſt, in ſtricti iuris iudiciis modo locum habere poteſt iuramentum in litem, modo non, pro habilitate ſc. obiecti, quod in hoſce contractus deduci poteſt In Condictione certi ex mutuo locum non habet: habet enim pro fine reſtitutionem rerum fungibilium, in quas nulla cadit affectio. In

conditione certi ex ſtipulatu, ſiquidem promiſſa ſit certa res, in quam cadere poteſt affectio, ut Stichus, locum ſine ducio habebit, ſi vero certa res fungibiles vel incerta, ut factam, quia hæc non recipiunt pretium affectionis, nec iuramentum in litem admittetur, ſed in obligatione faciendi intereſſe ſimpliciter æſtimatur, non habito reſpectu ad aliquod juramentum affectionis, quodſi admitteretur, non hoc, ſed irregulare foret, quia factum ordinarie pretium non recipit, ut ita difficulter a Judice hoc æſtimari queat. In actione ex teſtamento eadem diſtinctio obſervetur, prout petitur aliquid v.g. vel pecunia legata, vel corpus.

§. XXVI. Quibus præmiſſis jam facilis eſt reſponſio ad *l.* 69. §. 1. *ff. ad L. Falc.* quæ alias graviter obſtare viſa eſt. Eius paraphraſis commode hæc eſſe poteſt: *Legato petito* per actionem ex teſtamento vel rei vindicationem, *cum* ab actore *in litem iuratum eſt* ſecundum pretium affectionis, *ratio Legis Falcidiæ* in computanda maſſa hereditatis & ſummæ legatorum, *non eius ſummæ* enormis, *inquam legatarius iuravit* ſecundum affectionem ſuam, *haberi debet, ſed eius quanti revera id* corpus quod petebatur, *fuit*, *quod* verum eius *petitum eſt*. *Nam id, quod pœnæ coercendæ* ſcilicet contumaciæ heredis *cauſa* actori *accrevit*, cum id heres ſibi imputare debeat, *in Legem Falcidiam non incidit.*

§. XXVIII. Illud vero adhuc reſtat excutiendum, cur in L. Aquilia non iuretur in litem? diſerte enim Paulus in *l.* 33. *pr. ad L. Aquil.* ait: *Si ſervum meum occidiſti, non affectiones æſtimandas eſſe puto (veluti, ſi filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles) ſed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait: pretia rerum non ex affectione, nec utilitate ſingulorum, ſed communiter fungi.* Ex hoc textu quoque hi, qui omne juramentum affectionis negant, præſidium aliquod petere ſolent, quibus tamen facillime poteſt ſatisfieri: Aliud enim eſt, plane non datur pretium affectionis, aliud, pretii affectionis non habetur ratio in L. Aquil. quod poſterius ſaltem in hac aſſeritur lege.

§. XXIX. Veruntamen illud non contemnendam parit difficultatem, quoniam in L. Aquil. coercentur & dolus & culpa, cur non, ſi dolo vel culpa lata damnum datum ſit, iuretur in litem, cum

&

& hic videantur rationes juramenti In litem ſupra datæ locum habere, quod nemo invitus cogi poſſit, ut rem ſuam vendat, quod contumacia & dolus alterius coerceri debeant *l.1.& 8.ff.de in lit.jur.* ſubminiſtrat quidem Paulus *in cit. l.33.* aliquam reſponſionem, quod in L. Aquil. tantum agatur de damni reſtitutione, in quo etiam continetur, quod aut conſequi poſſumus, aut erogare cogimur: (unde & formula actionis L. Aquil. erat: quanti res plurimi fuerit §. 9. *J. de L. Aquil.* quæ formula ſpectat ad verum pretium, cujus ſaltem tempus variat.) Sed tamen illud adhuc ſupereſt dubium; cur formula huius legis tantum de vero pretio fuerit, concepta excluſo pretio affectionis.

§. XXX. Recurrendum itaque ad illas propoſitiones ſupra §. 10. *ſeqq.* ex *l. 68. de R. V.* excerptas, ex quibus patet, jurari in litem tunc demum, ubi quis iubetur rem reſtituere, & dolo fecit, quo minus reſtituere poſſit. Quia autem in actione L. Aquil. non peto rem mihi reſtitui, ſed tantum damni dati æſtimationem, ideo nec judex iubere poteſt, ut res reſtituatur, & ſic nec occurrit hic contumacia rem non reſtituentis, quæ coerceri poſſet iuramento in litem.

§. XXXI. Deinde etiamſi ſupponamus, alterum dolo rem meam corrupiſſe, ſi quidem corruptio hæc facta fuerit absque poſſeſſionis apprehenſione, non quadrabit quoque ratio iuramenti in litem affectionis ſupra data, quod invitus nemo rem alteri vendere cogatur, quia damnum dans non intendit rem ſibi velle habere, veluti, ſi per iactum lapilli vitrum aliquod a principe mihi donatum fregerit. Quodſi vero rem meam prius vi vel clam abſtulerit, vel etiam ex iuſta cauſa apud ſe exiſtentem dolo perdiderit, locum habebit rei vindicatio utilis (cum dolo poſſidere deſinens habeatur pro poſſeſſore) condictio furtiva, actio commodati, depoſiti, locati &c. in quibus juramentum in litem etiam obtinet.

§. XXXII. Hactenus in quibus actionibus hoc iuramentum admittatur, evicimus. Quia vero variæ res in has actiones deduci poſſunt, noſtra adhuc intereſt inquirere, in quibus rebus hoc juramentum in litem locum habeat. Equidem in rebus incorporalibus hoc dari iam ſupra §. 10. & 19. dictum eſt, ubi notavimus

ex *l. 7. ff. ſi ſervit. vind.* in confeſſoria iurati in litem, ſed ſimul annotavimus hoc juramentum tunc eſſe irregulare. De negatoria ob rationis paritatem idem Dd. concedunt. Menoch. *l. 1. A. J. Q. qv. 5, n. 21*, quamvis ſibi ingentem ſcrupulum moveant ex eo, quod in illa non agatur de reſtitutione & exhibitione rei, cum ſervitus plane alteri negetur. Verum, quia & hic adverſarius cavere tenetur de non amplius turbando alterum in libertate, adeoque de *reſtituenda* ſecuritate, igitur niſi cautionem hanc præſtet, eodem modo, quo in confeſſoria, iuramentum in litem, quamvis irregulare, obtinebit. Conf. Hillig. *ad Donell. lib. 76. c. 8. in not. lit. a.*

§. XXXIII. De rebus immobilibus gravior quæſtio exſurgit, an etiam in his poſſit locum habere. Equidem Lauterb. *tit. de in lit. jurand.* aliique ibi allegati id ſimpliciter affirmant, quia & in his agatur de reſtituendo, & illæ res quoque affectionem recipiant, adeoque & hic dici poſſit, dominum non poſſe invitum cogi ad rem ſuam vendendam. Verum hanc quæſtionem negat Wiſſenbach. *ad ff*, & pro hac ſententia pugnat *l. 48. §. 1. locati* ubi Marcellus tum demum reum damnari, quanti in litem juratum fuerit, aſſerit, ſi rem non immobilem non reſtituat. Neque caret hæc ſententia ratione, nam mobiles quidem ita transferri vel alienari poſſunt, ut ignoretur ubi lateant, & ſic manu militari auferri non poſſunt, verum res immobiles ita in occulto eſſe nequeunt; & hoc caſu poſſeſſor a Judice agitur, ut rem reſtituat, adeoque jusjurandum in litem hic eſt ſupervacuum. Neque hanc ſententiam evertunt Leges a Lauterb. citatæ; cum lex 68. *de rei vind.* nihil de hac quæſtione determinet, Marcianus vero *in l. 16. §. 1. de pign.* non poſſit intelligi de iuramento in litem regulari, ſed potius irregulari, quia ibi ſermo eſt de jure pignoris, & ſic de re incorporali rei immobili cohærente.

§. XXXIV, Vindicat ergo ſibi tantum locum in rebus mobilibus & quidem non omnibus, ſed in iis tantum, in quas cadere poteſt affectio, vid. Lauterb. *ad ff de in lit. jurand. p. 192.* Hoc quoque illuſtravit Hannius *de rerum æſtimatione ſect. 1. qu. 16.* his uſus verbis: *Juratur in litem de illis ſolum rebus, quarum æſtimatio incerta eſt, & in quas Domini petitoris probabilis aliqua cadit affectio, quæq; certa ſpecie*

con-

conſtant, nec ex quantitate æſtimantur. Declarat hoc ulterius de vino oleo & frumento, & in his contra Z ſium negat juramentum in litem locum habere poſſe, quod eius ſint naturæ & qualitatis, ut in illas nulla cadat affectio ſingularis. *Quid enim obſecro*, pergit, *tua intereſt, utrum vinum tuum apud alium depoſitum in ſpecie recipias, an aliud ejuſdem tamen qualitatis & quantitatis? Certe nihil. Sed num in vinum, certam poteris habere affectionem juxta quam illud iureiurando æſtimes? Nullo modo.*

§. XXXV. Ad hanc doctrinam probandam communiter provocare ſolent ad *l. 3. ff. de in lit. iur.* ubi negatur nummis depoſitis judicem poſſe in litem iuſiurandum deferre, & quidem recte, quia & in pecuniam tanquam rem fungibilem nulla cadit affectio: verum & alii textus præter illum hoc ipſum liquide oſtendunt; Cur enim Marcianus *in l. 5. pr. ff. eod.* tantum facit mentionem iudiciorum *b. f.* Cur *in §. 4. leg. cit.* ſpecialem caſum de ſtipulatione Stichi excipit, Cur Paulus *in l. 6. eod.* negat ex ſtipulatu vel teſtamento ſi agitur, iurari in litem, ratio certe non eſt alia, cur in his *ſtricti Juris* Judiciis non ſemper locum habeat iuramentum in litem, quam, quod plerumque interveniunt res fungibiles affectionem non recipientes.

§. XXXIV. Denique nec illud omittendum eſt, quod quidam Dd. pretium affectionis in iuramento in litem ita determinent, ut in ipſa re debeat eſſe fundatum, eiusque peculiari utilitate, veluti ſi uſui ſpeciali ita ſit accommodata, ut uſus iſte ab aliis ſimilibus exſpectari non poſſit, adeoque, non attendatur affectio extra rem poſita, v. g. quod a Principe ſit donata vid. D. Beier *in poſitionibus ad ff. tit. de in lit. Jur. n. 12. ſeqq.* quo & inclinare videtur Lauterb. *eodem in f.* Verum indiſtincte in litem iurari poſſe arbitror, etiamſi affectio extra rem ſit poſita, & ſatis fundata eſt hæc aſſertio in noſtro iure. Si minor æſtimat rem quod maiorum eius fuiſſet & inde reſtitutionem impetrat *l. 35. de min.* Ita patronus ius ſuum in petenda bonorum poſſeſſione contra tabulas non aliorum computatione ſed ſuo iudicio æſtimare poteſt. *Multi enim caſus* inquit Javolenus *in l. 36. de bon. libert. intervenire poſſunt, quibus expediat patrono petere bonorum poſſeſſionem, quamvis æris alieni magnitudo, quam*

li-

libertus reliquerit, facultates patrimonii eius excedat. Veluti ſe prædia ſunt aliqua ex ponis liberti, in quibus maiorum patroni ſepulchra ſint & magni æſtimat patronus, bonorum poſſeſſionis jura pro parte ea ad ſe pertinere, vel aliquod mancipium, quod non pretio, ſed affectu ſit æſtimandum, non ergo ideo minus habere debet jus petendæ bonorum poſſeſſionis, qui animo potius quam aliorum computatione bona liberti æſtimat: Quod vero in actione Faviana, ubi patronus rem juſto pretio a liberto venditam revocare intendit, affectio patroni non admittatur per *l. 1. §. ſi quid in fraud. patron.* hujus rei ſupra in §. *6. h cap.* a nobis data eſt ratio. Videntur vero diſſentientes ſeducti eſſe per *l. 33. ad L. Aquil.* cui tamen ſatisfactum *in* §. 28. *& ſeqq.* Alios textus hac pertinentes reſolvimus §. 6. Aut reſpexerunt diſſentientes ad eos, qui ex affectu voluptatis rem æſtimant, veluti ab Amaſia quadam donatam, quos tamen caſus, per ea quæ dicta ſunt *cap. 1.* jamdum removimus. Sicuti enim in jure non quilibet metus actionem *quod metus cauſa* producit, ſed qui cadit in virum conſtantem *l. 5. & 6. ff. quod met. cauſ.* & a viris bonis, h.e. ambitioſis approbatus eſt. *l. 8. §. 2. eod.* ita nec omnis affectionis erga rem in judiciis ratio habetur, ſed ejus demum, quæ cadit in virum honeſtum & gravem.

§. XXXVII. Ita ergo hactenus demonſtravimus, jus Romanum quam optime congruere cum natura rerum, & doctrina morali de precio affectionis, unde & eodem non infeliciter uſi ſumus in decidendis controverſiis intricatiſſimis de in litem jurando. Verum optandum foret, ut hiſce veſtigiis ſemper inhæſiſſent JCti Romani, & ipſe Tribonianus, nec paſſim ad his principiis in natura rei fundatis receſſiſſent, ex quo non potuit non farrago contradictionum & obſcuritatum oriri. Adducamus quædam ſpeciminis loco ex ſola doctrina *de acceſſione*.

§. XXXVIII. In hac materia regulam hanc pro fundamento ponunt, *quod acceſſorium ſequatur naturam ſui principalis.* Quidnam vero ſit acceſſorium, quidnam principale, non æque expeditum eſt, unde & hic ſæpiſſime JCti fuerunt ſoliciti, ut in dubio regulas quasdam formarent, ex quibus cognoſci poſſit, quænam res pro principalibus, quænam pro acceſſoriis ſint habendæ, & has ipſas, alioquin

val-

valde ſubtiles magis reſpexerunt, quam ad naturam rei ejusque uſum, aut regulam noſtram ſimpliciſſimam de pretio affectionis in res fungibiles non cadente. Unde etiam factum eſt, quod intricatas magis reddiderint quæſtiones controverſas, & deciſiones ſæpe formarint abſurdiſſimas & iniquas, quas felicius forte ſolvemus regula noſtra.

§. XXXIX. Occurrit autem primo loco in acceſſione artificiali *ſpecificatio.* § *cum ex aliena materia.* 25. *I, de R. D.* Ubi ſtatim Tribonianus inertiam ſuam circa explicationes rerum prodidit, dum ad exempla ſpecificationis refert, ſi ex ſpicis frumentum excuſſum fuerit, & inde deciſionem format, quod quia ad ſpicas reverti non poſſit, is dominus intelligatur, qui illud excuſſit. Oſtendit itaque, ſe nequidem in excerpendis Inſtitutionibus Caji prudentiam adhibuiſſe, integrum enim textum Caji non exſcripſit, & ita hac incuria fecit ut antinomia quædam inter §. *cit.* & *l.* 7. §. 7. *de A. R. D.* exſurgat, quæ tamen adhuc facile tolli poteſt, ſi textus Inſtitutionum ex digeſtis ſuppleatur, quod & neceſſario fieri debet, ſi deciſionem Triboniani ab omni abſurditate liberare velimus. Etſi enim alias in caſibus ubi Inſtitutiones Pandectis contradicunt, inſtitutiones tanquam poſteriores Pandectis derogent, ut tamen hoc procedat, requiritur intentio in Triboniano derogandi Pandectis, quæ hic non adeſt, cum negligentia exſcribendi ſit evidens.

§. XL. Quodſi Grotium de jure *B. & P. lib.* 2. *cap.* 8. §. 19. hac de materia conſulamus, ille repudiata Sabinianorum & Proculianorum cum ipſius Triboniani ſententia, exiſtimat, naturaliter rem communem fieri pro rata ejus, quanti unumquodque eſt, cum res, ſi alterius ſit materia, alterius ſpecies, conſtent ex re quadam communi, h. e. materia & ſpecies tanquam ſuis partibus. Sed puto Grotium facile cum jure Romano conciliari poſſe, cum JCti ejus ſententiam non videantur abſolute negare, ſed magis in aſſertionibus his ad id momentum reſpiciant, utri nova ſpecies eſſet adjudicanda, ſi in communione manere nolint, & uter adeo cogatur invitus partem ſuam alteri vendere, utrum dominus materiæ materiam ſpecificanti, utrum ſpecificans ſuam ſpeciem Domino materiæ.

§. XLI. Et hic quidem Sabiniani a Proculianis diſcedebant, ſed ſinguli ſat infeliciter ad regulas metaphyſicas in materia morali & civili provocabant. Sabiniani enim dominium ejus eſſe volebant, qui materiæ dominus fuiſſet, Proculiani contra eius, qui formam rei dediſſet, illi materiam tanquam ſubſtantiam rei, adeoque tanquam rem principalem conſiderabant, cuius accidens demum eſſet forma; hi e contrario formam ideo pro re principali venditabant. eo quod ex forma iudicanda ſit eſſentia rei, cum per eum, qui formam rei dederit, id eſſe cœpiſſet, quod ante non erat. Imo & ad aliam regulam ſæpius ineptam in hac materia prolapſi ſunt, aſſerentes in quæſtionibus de re principali vel acceſſoria, pro principali eſſe habendum ſine quo altera res eſſe non poſſit. Utraque pars hanc regulam ad favorem ſuæ ſententiæ torquebat, cum nec materia poſſit eſſe ſine forma, nec forma ſine materia, utrobique autem materia ſine hac forma, forma ſine hac materia.

§ XLII. Ineptius adhuc iſtam controverſiam definivit Juſtinianus diſtinctione ſua, utrum poſſit res reduci ad priſtinam materiam, annon. Oſtendit iam Pufendorff. *de I. N. l.4 c.7.§.10.* in plurimis caſibus deciſionem Juſtiniani eſſe iniquiſſimam, veluti, ſi quis ex alieno metallo opus quoddam artificioſum v.g. horologium confecerit, ubi longe majoris pretii eſt forma quam materia & ſic utique æquum eſt, ſpecificatori eam relinqui, utut in antiquam & rudem maſſam redigi queat, ſi modo ſimile metallum aut eius pretium reſtituatur. Sic & deciſio de medicamentis a Juſtiniano, formata bene quidem ſeſe habet ſi v.g. quis tales materias venales habeat, vel in tanta copia, ut neceſſitatibus eius ſuperſint, ubi nulla ratio eſt, cur non res ſpecificatori ſit relinquenda, ſi pretium materiæ refundat; ſed non præciſe ex illa ratione, quod non poſſit reduci ad priſtinam materiam. Nam ſi forte tam rara ſi illa materia, ut aliunde commoda non ſit occaſio ſimilis materiæ parandæ, æquum putat Pufendorffius domino materiæ ſpeciem illam adiudicari. Eadem iniquitas ſine dubio ſubeſſet, ſi quis ex aliena lamina vel metallo novum quoddam inſtrumentum mathematicum, vel quod inſervit phyſicis demonſtrationibus effecerit, & illud ſecundum hanc deciſionem adiudicare vellemus domino materiæ &c.

§ XLIII.

Digitized by Google

§. XLIII. Simplicius ergo ſecundum principia hactenus iacta dicendum, regulariter rem eſſe debere ſpecificantis, quia ipſa materia, ex qua nova ſpecies producitur, plerumque eſt res fungibilis, in quam nulla cadit affectio. Nullam itaque dominus materiæ iuſtam cauſam habet prætendendi dominium, cum utique perinde ei eſſe debeat, utrum pretium materiæ, vel aliam rem fungibilem eiusdem quantitatis qualitatis & bonitatis accipiat.

§. XLIV. Cæterum ſi materia forſan iam fuerit corpus aliquod arte elaboratum, & alter illud in novam redegerit formam, veluti ſi ex poculo meo a Principe mihi donato alter fecerit lancem argenteam, tum diſtinguendum eſſe arbitror, an ſpecificans dolo id fecerit, an vero culpa: priori caſu per iusiurandum in litem affectio illa æſtimari poſſet, non poſteriori, quia hic me contentum eſſe oportet vera poculi mei æſtimatione, id quod fuſe ex doctrina de iuramento, in litem fluit. Nec eſt quod hic dicas: quia poteſt reduci ad priſtinam materiam, & quia ſimul dominus materiæ affectionem antea in illam rem habuit, æquum eſt, ut illi etiam nova ſpecies adiudicetur. Nam non video, qua ratione Domini materiæ affectioni ſatisfieret, ſi alter aut lancem traderet, aut illam rurſus ad formam novi poculi redigeret & ita reſtitueret, non enim idem eſſet poculum, adeoque nec eadem affectio. In materiam autem ipſam, ex qua poculum a Principe donatum conſtat, ipſa affectio non cadit.

§. XLV. Quid vero dicendum, ſi ſpecificans novam illam ſpeciem venalem haberet? Certe tum illa quoque haberetur pro re fungibili, cum alienationi eſſet deſtinata, ſecundum ea quæ *cap. 1.* dicta ſunt, unde mecum ſpecificans non litigaret de dominio eius rei, ſed ſponte mihi eam relinqueret, interim tamen ego non teneret præciſe illam accipere, & ipſi pretium pro labore & artificio ſolvere, quin potius ipſe etiam hoc caſu mihi teneretur ſecundum diſtinctionem §. *præced.*

§. XLVI. Equidem utrum doctrina Juſtiniani de ſpecificatione hodie uſum in foro habeat, ne quidem videntur dubitare Doctores adeo ut, qui materiam hanc tractaverint, nihil penitus de praxi eiusdem adiiciant, quamvis alias de uſu ſententiam ſuam audere

Digitized by Google

ſoleant, uti Hoppius, Schilterus, Struvius, aliique, quaſi nemo de uſu huius doctrinæ jure dubitare poſſet. Verum neminem tam imprudentem eſſe exiſtimo, qui ſecundum ineptam Juſtiniani diſtinctionem actiones ſuas formare & inſtituere velit, cum nihil inde, vel parum lucri ſit conſequuturus, quid quod inanis deciſio per ſe in praxi non poſſit habere uſum cum leges Romanæ quidem ſint receptæ, quatenus cum rei natura conveniunt, cum id in dubio voluiſſe cenſeantur Principes noſtri, non vero quatenus ineptias nullum plane effectum producentes continent, & cum ipſa rei natura evidentiſſime pugnant..

§ XLVII. Pergamus ad §. *ſit tamen alienam*. 26 *de R.D.* ubi de acceſſione ſtricte ſic dicta agitur. Hic JCti ſibi formarunt regulam, quod pars cedere debeat toti, & quod illud, quod ornandæ rei gratia factum eſt, ei rei accedat, quæ ornata eſt, & hic videtur unanimis conſenſus fuiſſe JCtorum. Ita enim Proculum, ita Servium & Labeonem reſpondiſſe Paulus annotat in *l.* 26 *§.* 1. *de A. R. D.* ut ſcil. ſtatuæ pes aut manus, Scypho fundus, lecto fulcrum, navi tabula, ædificio cœmentum cedant, cum jam cum toto coaluiſſe videantur. Conſentit Ulpianus in *l. cum aurum* 19. § 13. *de Auro argento mund. leg.* & alio loco ſcil. *in l.* 23. *§.* 2 *de R. V.* ipſe Paulus calculum ſuum adjicit, ubi eadem fere exempla, quæ in *l.* 26. *de* A *R. D.* ex Proculo, Servio & Labeone retulerat, adducit. Ulpianus vero in *cit. l.* 19. alia quoque addit, ita ut ex ejus ſententia gemmæ incluſæ auro argentove cedant *ſemper enim* inquit *cum quærimus quid cui cedat, illud ſpectamus, quid cujus rei ordinandæ cauſa adhibetur, ut acceſſio cedat principali, cedent igitur gemmæ phialis vel lancibus incluſæ auro argentove. conf. l.* 20. *eod.* Addit idem Ulpiannus in *l.* 7. §. 2 *ad exhib.* exempla, ſi phialæ emblemata, veſtimento purpura iuncta ſit, de quo ultimo caſu etiam agit Tribonianus *d.* §. 26.

§. XLVIII. Effectus harum deciſionum in eo conſiſtit, ut poſſit dominus rei principalis ſeu totius rem vindicare etiã a domino partis, ſeu eius, cuius res vicem acceſſorii ſuſtinet, modo huic ſolvat pretium, alioquin enim ipſi obſtaret exceptio doli *l.* 73. §. 4. *de R. V. arg.* § 39. *I. de R. D.* Dominus ergo partis ſeu acceſſorii totum non poteſt vindicare, ipſi tamen conceſſum eſt, ut poſſit agere ad ſepa-

ratio-

rationem actione ad exhibendum, quæ ideo præparatoria actionis rei vindicationis eſſe perhibetur, quam diu enim acceſſorium adhuc principali rei cohæret, extinctum eſſe videtur, & ſic rei vindicatio directa ceſſat. erg. §. 26. *eod. cit. l.* 23. §. 5. *de R. V. l.* 6. & 7. §. 1. & 2. *ff. ad. exhibend.*

§. XLIX. Noluit tamen ſimpliciter hanc ſententiam approbare Caſſius, quique eum ſequitur Paulus *in l.* 23 §. 5. *de R. V.* ſed diſtinxit inter ferruminationem & plumbaturam, dicit enim *ſi ſtatuæ ſuæ ferruminatione junctum brachium ſit, unitate majoris partis conſumi, & quod ſemel alienum factum ſit, etiamſi inde abrutum ſit, redire ad priorem dominum non poſſe, non idem in eo, quod ad plumbatum ſit, quia ferruminatio per eandem materiam facit confuſionem, plumbatura non idem efficit.* Horum verborum ſenſus videtur eſſe hic, quod in plumbatura dominus partis maioris non poſſit vindicare totum a domino partis, ſed cogi huic partem exemptam relinquere, poſſe tamen in ferruminatione, adeo ut dominus partis agere ad exhibendum nullo modo queat.

§. L. Neſcio tamen, an hanc diſtinctionem approbaverit Ulpianus, nam in *l.* 7. §. 2. *ff. ad exhibend.* non diſtinguit, ſed promiſcue dari actionem ad exhibendum concedit, ſive armario, ſive navi alterius tabula mea, vel anſa Scypho iuncta, vel emblemata phialæ, vel purpura veſtimento intexta, aut brachium ſtatuæ coadunatum. In hisce exemplis partim coniunctio fit per adplumbaturam, ut in prioribus, partim per ferruminationem, ut ſi ſtatuæ quis coadunaverit brachium, coadunatio enim fit per ferruminationem ſecundum Paul. in *l.* 23. §. 5. *de R. V.* Imo ſi ſecundum Ulpianum propter purpuram veſtimento intextam ad exhibendum agi poteſt, multo magis, ſi ſaltem in ſtatua ſit facta coadunatio per ferruminationem.

§. LI. Quod ſi Pomponium conſulamus, hic videtur tertiam foviſſe ſententiam Ulpianeæ plane oppoſitam. Ulpianus enim concedit ubique tum in ferruminatione, tum in applumbatura actionem ad exhibendum, ut ſeparetur. Pomponius vero in *l.* 27. *pr. ff. de* A. *R. D.* ita pronunciat: *Si tuum Scyphum alieno plumbo plumbaveris, alienove argento ferruminaveris, non dubitatur, Scyphum tuum eſſe,*

& a te recte vindicari. Ignoravitne ergo Pomponius Caſſii ſubtilem diſtinctionem, utrum vero eam tacite reiicit? poſterius dicendum videtur, cum idem juris utrobique locum habere aſſerat. Ego ſecundum Pomponium nec in ferruminatione, nec in applumbatura dominus partis poterit agere ad exhibendum.

§. LII. Equidem non ignoro Doctores hic antinomiam hanc triplicem non agnoſcere, ſed Pomponium ſupplere ex diſtinctione Caſſii, Ulpiani vero verba intelligere de adplumbatura, ut modo regulæ de diſtinctione inter ferruminationem & adplumbaturam ſemel formatæ ſubſiſtere poſſint. Verum novi etiam doctrinas eorum non cohærere cum natura rerum, & alterum ſic, alterum aliter hæc utrinque connectere, & tamen ubique connexionem eſſe lubricam. Etenim Ulpianum non poſſe commode intelligi de adplumbatura jam oſtendimus §. 49. Et non ſine cauſa videtur Pomponius tertiam ſententiam elegiſſe, quia ea ob mox dicenda maxime cum ratione convenit.

§. LIII. Quodſi enim rem ex natura ſua conſideremus, ſane videtur ſat plana eſſe, ſcilicet, dominum partis regulariter amiſiſſe dominium partis ſuæ, eumque non poſſe conqueri ſi verum rei pretium acceperit, & ſic recte Paulus *in l.* 23. §. 4. *de R. V.* exceptionem doli mali domino partis concedit, ſi velit ab ipſo totam rem vindicare, non refuſo ejusdem partis pretio. Regulariter enim illa, quæ per adplumbaturam vel ferrumminationem alteri rei accedunt, ſunt res fungibiles, in has vero non cadit pretium affectionis.

§. LIV. Cæterum, quod hic limitationem Doctores alii in adplumbatura quæſierint, id non videtur naturæ ipſius rei congruere, cum potius in eo quærenda eſſet limitatio, ſi pars ſeu acceſſorium ſit corpus quoddam aut tale quid, in quod cadere poteſt affectio. Hic enim utique æquitas poſtulat, ne quis invitus cogatur rem ſuam vendere, ut incluſa & alteri rei adjuncta exhibeantur & ſeparentur, modo adhuc extent, veluti ſi gemma forte a Principe donata alterius annulo incluſa ſit, aut margaritæ ab Auguſta fœminæ alicui donatæ ornamentis muliebribus alienis contextæ ſint. *l.* 32. §. 1. *de Auro argent. mund. legat.* Quodſi vero res non amplius extet, veluti, ſi ex meo potu-

poculo a principe mihi donato ſuæ ſtatuæ fecerit brachium, & tunc aut iurabitur contra eum in litem, ſi dolo malo iunxerit, aut vetum pretium tantum exigi poterit, ſi dolus & culpa lata ipſi imputari nequeant, brachium certe ut exhibeatur contendere nequeo, cum poſt mutationem, & formæ deſtructionem res fungibilis fuerit facta. In reliquis regula §. *antec.* data manet firma, ſi ſc. ſcypho fundus, aut ſtatuæ pes, aut navi tabula, aut lecto fulcrum, aut candelabro ſigillum &c. adiuncti fuerint.

§. LV. Et ne quid hac in re diſſimulemus, valde dura videtur ſententia Ulpiani *in l 7. §. 2. ff. ad exhibendum*, dominum purpuræ alieno veſtimento intextæ poſſe agere ad exhibendum, ut ſc. a veſtimento ſeparetur. Neque cohæret hæc aſſertio cum doctrina de ſpecificatione, ſi enim ex ſola purpura tua veſtimentum confeci, illud ſecundum doctrinam Jureconſultorum meum eſt, tanquam ſpecificantis, quia non poteſt reduci ad priſtinam materiam, cur itaque non idem iuris eſſet, ſi tantum purpuram tuam ad partem aliquam veſtimenti mei adhibuerim, niſi forſan dicere velis, ex ſententia Ulpiani, & Triboniani, veſtimentum ex aliena purpura confectum referendum eſſe ad eos caſus, ubi ſpecies poteſt reduci ad priſtinam materiam. Ipſe Tribonianus, quidem in §. *25. de R. D* ubi exempla quæſtionis de ſpecificatione ponit, exemplum de lana & veſtimento affert, ſed poſtea ad regulam datam non applicat, ut adeo videatur vel anceps & dubius hic fuiſſe, vel plane a Caio ſuo diſſenſiſſe. Etenim Caius in ſuis *Inſtitutionibus l. 2. tit. 1.* §. 7. inquit: *Si ex lana vel lino veſtimenta fecerit, ejus erunt veſtimenta, cujus lana vel linum fuiſſe probabitur.* Tribonianus vero in verbis ultimis §. 25. exemplum adducit, ſi quis partim ex ſua lana, partim aliena veſtimentum fecerit, quo caſu dubitandum non eſſe inquit, eum eſſe dominum qui fecerit, cum non ſolum operam ſuam dederit, ſed & partem eiusdem materiæ præſtiterit, at vero in adiunctione, non tantum alter partem materiæ præſtat, verum partem etiam potiorem, cur itaque hic concederetur facultas petendi ſeparationem, non ibi? Quidquid demum ſit de opinione Triboniani, ex hoc fonte deciſio dura eſt, cum purpura ſit res fungibilis, adeoque alteri pe-

perinde eſſe debeat, utrum eandem purpuram, an vero aliam eiusdem generit accipiat.

§. LVI. Quæ de confuſione materiarum in §. *ſi duorum materiæ 27. de R. D.* traduntur, non adeo habent aliquam difficultatem ad nos pertinentem. Aut enim utriusque voluntate fit confuſio, aut caſu fortuito, aut voluntate unius. Ubique res fit communis, primo quidem caſu propter utriusque voluntatem, in duobus reliquis vero, quia utrobique eſt res fungibiles. Et ſic caſus non erit de litigio dominii, cum quisque accipiendo verum rei pretium ſecundum proportionem materiæ, quam in re communi habet, nihil habeat de quo quæratur. Id tamen erit addendum de caſu, ubi voluntate unius confuſio facta fuerit, & res confuſione non meliorata, quod tum æquum ſit, confundentem debere præſtare alteri verum rei pretium, & ſolus damnum pati, cum nemo ſecundum regulam vulgatam poſſit ex alterius facto prægravari *l. 155. de R. l. c. 22. de R. I. in 6to. l. 27. pr. in f ff. de procurat.* Nec obſtat, quod de caſu, ſi voluntate unius fiat confuſio, textus Inſtitutionum taceat. Nam natura rei hoc poſtulat, & ſic ex ipſa ſuppleri debet. Ut taceam, agi etiam hic de acquirendo rerum dominio ex jure gentium, ubi ex natura potius rei, quam legibus poſitivis Romanis deciſiones formamus.

§. LVII. Equidem circa commixtionem a regula in *priori.* §. data divortium feciſſe videtur Imperator, dum ibi negat, communionem inter dominos utriusque materiæ non liquidæ, quæ non facile ſeparari poteſt, dari, ex ſubtiliſſima illa ratione, quod ſingula corpora in ſua ſubſtantia durent, nec ita alterum alterius ſubſtantiam ingrediatur, uti quidem in confuſione. At vero hac ratio diverſitas phyſica alterare nequit deciſionem in commixtione, eſt enim frumentem quoque res fungibilis, & licet vel maxime ſi ſingula corpora in ſua ſubſtantia durent, ſufficit tamen, quod ſeparari ſemel commixta non poſſint, cum in jure idem ſit, moraliter aliquid eſſe impoſſibile, aut difficilime fieri, & plane non fieri. Eſto jam, ſi frumentum meum cum frumento tuo miſceatur, ſingula grana manere in ſua ſubſtantia, quis cognoſcere poterit, quænam ſint mea, imo quis tam ſtultus erit, ut ſeparationem petat, ſi triticum

cum

Digitized by Google

cum hordeo aut avena fuerit mixtum, cum majores ſumtus ad ſeparationem utriusque requirerentur, quam quidem ipſius vel pretium eſt. Imo videtur hic Tribonianus vel Cajum ſuum non intellexiſſe vel ab eo receſſiſſe, cum ille liquido contrarium doceat, referente Javoleno *in l. 78. de ſolut.* ubi ita: *Si alieni nummi inſcio vel invito domino ſoluti ſunt, manent ejus cujus fuerant.* quia pecuniæ alienæ ſolutio dominium ejus transferre nequit ex regula vulgata, quod nemo plus juris in alterum transferre poſſit, quam ipſe habeat: *Si mixti eſſent ita ut diſcerni non poſſent, eius fieri qui accepit in libris Caii ſcriptum eſt.* Quod ſi itaque ſupponamus, frumentum Titii furto ablatum tertio fuiſſe venditum, hocque frumentum cum eius, cui venditum eſt, ita eſſe mixtum ut grana diſcerni aut ſeparari non poſſint, eadem ſine dubio deciſio obtinebit.

§. LVIII. Quod itaque Tribonianus hac in materia receſſerit a Cajo ſuo, quem alias ubique ſequi amat, in cauſa videtur fuiſſe, quod ſententiam Ulpiani in *l. 5. pr. de R. V.* & Pauli *in l. 23. §. 5. eod.* non ſatis intellexerit, & ita hic combinationem fecerit ridiculam. Quæ enim Paulus *in d. l. 23.* tradit, quod in his corporibus, quæ ex diſtantibus corporibus eſſent, ſingulæ partes retineant ſuam propriam ſpeciem ut ſinguli homines, ſingulæ oves, & exinde infert *poſſe me gregem vindicare, quamvis aries tuus ſit immixtus, ſed & te arietem vindicare poſſe*, ad commixtionem plane non pertinent, cum aliud ſit *immiſceri* aliud *commiſceri*, ibi ſingula corpora vindicantur, quod de commixtione vera dici nequit, cum ibi ſingula corpora ſeparari non poſſint. Hinc maxime impertinens eſt, quod Tribonianus ſententiam ſuam de commixtione frumenti exemplo ovium vel boum declarare velit. Deinde quamvis Ulpianus cum Triboniano in ipſa quæſtione de commixtione frumenti optime conſpirare videatur, tamen videtur magis inutilem ſubtilitatem de differentia rei vindicationis a communi dividundo judicio hic tradidiſſe, ceu ex toto titulo communi dividundo apparet, quod peculiarem de hoc judicio habuerit ſententiam, quæ tamen hodie propter formulas ſublatas non habet uſum. Imo rei vindicatio illa Ulpiani eſt abuſive ſic dicta cum eventum habere nequeat, ut idem hic videatur eſſe officium judicis, quod eſt in communi dividundo, unde & Vinnius in

Digitized by Google

not. ad cit. §. 28. non diffitetur, vi & effectu hic non aliam eſſe judicis ſententiam & reſtitutionem, quam ſi acervus fere communis eſſet. Denique etiam differentia inter terminum confuſionis & commixtionis, quam hic Tribonianus & interpretes tradunt, quod illa ſit corporum liquidorum, hæc ſolidorum, revera eſt inanis & Cajus, Ulpianus & Pomponius hos terminos promiſcue uſurpant, vid. *l. 3. §. 2. de ff R.V.* ibi: *ita confuſum atque commixtum l. 5. pr. eod.* ibi: *ſi frumentem duorum non voluntate eorum confuſum ſit. l. 7. §. 8. & 9. ff. de A. R. D.*

§. LIX. Progredior ad actionem de tigno juncto ſecundum §. *cum in ſuo ſolo* 29 *ff. de R. Div.* ubi compilatione ſua inepta anſam dedit Tribonianus ut interpretes valde deſudent de natura hujus actionis exponenda, cum contextus oſtendat, Tribonianum exiſtimaſſe actionem de tigno juncto in duplum etiam dari adverſus b. f. ædificatorem, unde valde anxii ſunt, utrum actio de tigno juncto ſit rei perſecutoria, utrum pœnalis, vel mixta, item quomodo concilianda ſint verba hujus paragraphi finalia cum *l. 2. de tigno juncto*, ibi enim dicitur, diruto ædificio non poſſe tigna amplius vindicari, ſi jam fuerit duplum conſequutus, id quod in *l. cit. 2.* negatur. Potiſſimum vero ſolicite inquirunt, cur b. f. poſſeſſor debeat præſtare duplum, ratio enim communis, quaſi hoc fiat in ſolatium domini tigni, quod propter utilitatem publicam cogatur tignum invitus vendere eſt valde inepta. (1) quia tignum ſeu omnis materia ad ædificandum deſtinata, eſt res fungibilis, ad hanc autem non quadrare illam regulam ſupra *c. 2.* dictum eſt, (2) quia etiam in aliis rebus pretium affectionis peti nequit ab eo, qui culpa deſiit poſſidere, ergo nec a b. f. ædificatore, adde (3) quod inauditum ſit, unam eandemque actionem pro diverſitate reorum partim ex delicto, partim ex alio fundamento oriri, aut modo eſſe rei perſecutoriam, modo pœnalem.

§. LX. Sed hic non accuſo veteres JCtos, quippe qui deſtituti ut plurimum fuerunt principiis veris Jurisprudentiæ, accuſo Tribonianum & interpretes, qui magis imprudentiam Triboniani adorare, quam rem ex vero metiri voluerunt. Res certe plana eſt, actionem de tigno juncto dari ſaltem de tigno furtiuo, adeoque etiam in *ff. tit. de tigno juncto* ſtatim poſt tit. de furtis collocatus eſt, quæ collocatio alias eſſet inſipida. Ita Ulpianus tantum mentionem

nem tigni furtivi facit *in l. 1. §. 2. ff. & l. 2. ff. cit. t.* ubi etiam dat actionem ad exhibendum, ex ea ratione, quod parci non oporteat ei, qui ſciens alienam rem ædificio incluſit, adeoque merito pro eo, qui dolo deſiit poſſidere habendus ſit. Expreſſius hoc ipſum declarat Paulus in *l. 63. ff. de donat. int. vir. uxor.* ubi proponit caſum, ſi tigna uxoris ædificio viri juncta ſunt, eam agere quidem poſſe dicit, ſed non ex L. XII. Tabul. his uſus verbis: *in hoc ſolummodo agi poteſt, ut ſola vindicatio, ſolutare, competat mulieri, non in duplum ex L. XX. Tabul. neque enim furtivum eſt, quod ſciente domino incluſum eſt.* Rationem ergo actionis, de tigno juncto ad duplum in eo collocat, quod ſit furtivum, & niſi me omnia fallunt, his verbis innuit Paulus, quod in L. XII. Tabb. tigni furtivi mentio verbis conceptis facta ſit. Quamvis vero idem JCtus *in l. 6. ff. ad exhib.* generaliter videatur loqui, & non præciſe tignum furtivum ſupponere, ratio tamen poſtulat, ut Paulum ex Paulo explicemus, præſertim cum *in l. 6. cit.* tantum incidenter de hac actione loquatur, & ſolummodo illam tractet quæſtionem, utrum ad exhibendum, ut tigna eximantur, agi poſſit. Si itaque dicendum quod res eſt, erat actio de tigno juncto, mere pœnalis, & ſpecies quædam actionis furti *l. 2 ff. de tigno iuncto.* & dabatur contra eum qui ſciens junxerit *l 1. §. 2. eod.* Ita etiam idem in *l, 23. §. 6. ff. de R. V. Tignum alienum ædibus iunctum, nec vindicari poteſt propter* L. XII. *Tabb. nec eo nomine ad exhibendum agi, niſi adverſus eum, qui ſciens alienum iunxit, ædibus ſed eſt actio antiqua de tigno iuncto in duplum, quæ ex L. XII. Tab. deſcendit.*

§. LXI. Quodſi quis bona fide junxerit, actio non data fuit in duplum, ſed L XII. Tabb. ſaltem verum pretium refundi voluit, ita enim rurſus Paulus *l. 98 §. ult. de ſolut.* loquitur: *denique L. XII Tabb. tignum ædibus iunctum vindicare poſſe ſcit. ſed interim id ſolvi prohibuit, pretiumque eius dari voluit.* h. e. pretium verum & ſimplum. Neque enim putandum eſt, L. XII. Tabb. hanc commiſiſſe abſurditatem, ut voluerit aliquod pretium affectionis admittere in rebus fungibilibus, commiſerunt hac potius interpretes minus caute Tribonianum ſecuti.

§. LXII. Sed pergamus cum Triboniano ad plantationem & ſationem de quibus agitur in §. 31 & 32. *de R. D.* Legiſlatores hic

 ali-

aliquod diſcrimen fingere voluere, ita ut conſita quidem ſimpliciter ſolo cedant, implantata vero non aliter, quam ſi radices egerint; Et Paulus *l. 26 § 2. de A. R. D.* hanc ſubtilem affert rationem, quod credibile ſit, alio terræ alimento, aliam fuiſſe factam: Ulpianus contra rationem non tam ex alimento, quam ex nuda coalitione cum terra petiiſſe videtur *in l. 9. § 2. ff. de d. imm. infect.* ubi vero ſemel planta radices in alieno ſolo egerit, ita commutata eſt, ut ne eruta quidem ad priorem dominum revertatur, *cit. l. 26* Cujus rei ratio ulterius ex ſubtili Alfeni philoſophandi ratione videtur eſſe petenda, quod nimirum res quilibet ex particulis minimis conſiſtant, & hæ quotidiæ ex corpore ipſo decedant, aliæque in eorum locum accedant extrinſecus, quæ philoſophia etiam fuit Stoicorum, ut oſtendit Grot. *de I. B. & P. l. 2. c. 9. §. 3.* Apparet itque has ratione decidendi magis ſubtiles eſſe, quam practicas. Plantæ enim ſunt res fungibiles ad emendum & vendendum deſtinatæ, in quas non facile cadit affectio peculiaris ergo nemo ex hoc §. rei vindicationem inſtituet, ſed quilibet, ut credo, contentus erit, ſi verum rei pretium vel aliud individuum ejusdem generis acceperit. Adeoque ſi vel maxime abror dolo ablata, radicesque egerit, poterit pretium affectionis poſtulari,

§. LXIII. Eadem eſt ratio ſubtilitatis de arbore in confinium poſita, cuius nam illa eſſe debeat. Deciſio certe ad nihil utilis eſt, quam ut occaſionem dederit antinomiis. Tribonianus quidem cum ſuo Cajo *in l. 7. in f. ff de A. R. D.* dicidit, arborem prope confinium poſitam communem fieri, ſi etiam in vicinum fundum radices egerit. Et quidem pro regione cuiusque prædii, ſit addit Marcianus in *l. 8. pr. eod,* verum graviter huic contradicit aſſertioni Pomponius in *l. 6 §. ult. ff. arbor. furt. cæſ.* inquiens: *Si radicibus vicini arbor aletur tamen ejus eſt, in cujus fundo origo ejus fuerit.* Unde exinde quoque infert, radices vicino recidere non licere. Omiſſa ergo ſubtilitate aliorum ſtatuit Pomponius indiſtincte eius eſſe arborem, in cuius fundo ſtat pars exterior. Equidem communis conciliatio eſt, quod Pompon. loquatur de extremis ſaltem radicum partibus, vid. Vinn. *in comm. ad* §. 31 verum revera illa vim infert textui, cum ſimpliciter dicatur ad originem arboris eſſe reſpiciendum, deinde

ina-

Digitized by Google

inanis eſt, quia per extremas radicum partes alimenta arbor ex alieno ſolo aſſumit, quæ tamen aſſumtio alimenti ratio decidendi eſt, cur ab aliis ſtatuatur arborem eſſe communem. Et hæc ſententia Pomponii moribus Germanorum ut æquior recepta eſt, ad maximas difficultates in inquiſitione radicum, quæ ſe non uniformiter extendere ſolent, tollendas, & ne radices, & ita per has arbores lædantur. Bene itaque dicit Huber. *ad Inſt. cit. de R.D* §. 25. *Obſcura & ſubterranea hæc indagandi ratio difficulter uſu hominum recipitur, vulgoque in partitione fructuum magis ad ramos, quod expeditius quam ad radices arborum attendi ſolet.* Videant itaque conciliatores ſubtiles, qui ſcuta textuum ſe indurare gloriantur contra Antinomicos, ut verbis utar ejusmodi hominum ambitioſorum, qua ratione antinomiam hic occurrentem tollere velint. Noſtra certe parum refert, cum hæc ſubtilitas in foris noſtris nunquam fuerit recepta.

§. LXIV. *In ſatione vero uti dictum §. 61.* non inquiritur utrum ſata radices egerint, nec ne, quia videlicet moraliter impoſſibile eſt, ſata, antequam etiam radices egerint iterum velle colligere. Supr. autem §. 56. iam diximus, idem in iure haberi, moraliter eſſe impoſſibile aut difficilime aliquid fieri, & plane non fieri. Accedit quod & ſata ſint res fungibiles. Sicut ergo in ſatis indiſtincte dominus eorum verum pretium a ſeminante accipit ita non video, quare non idem de plantis & arboribus dicendum ſit, cum itidem ſint res fungibiles.

§. LXV. Porro quoque literæ, obligationes, carmina, orationes, &c. perinde chartis membranisve cedunt, ac ſolo cedere ſolent ea, quæ inædificantur aut inſeruntur, ait Imper. in §. 33. *Jur. de R. D.* Elegans Philoſophia, Ridemus infantes & pueros, quando libellis ſuis ſolent inſcribere.

N. N. bin ich genannt
Zu N. iſt mein Vaterland
Das Papier iſt mein Acker,
Darauf ſchreib ich ſo wacker
Die Feder iſt mein Pflug,
Damit bin ich ſo klug,
Die Dinte iſt mein Saamen,
Damit ſchreib ich meinen ehrliche Nahme

Sed JCtos Romanos, licet eandem ineptiam hic committant, adhuc magnifacimus, nec dicimus, ridiculum eſſe meditationes, orationes, carmina & obligationes res ſæpe magni momenti, aut certe in quas cadit affectio, cedere debere chartæ viliſſima, cujus eſſentia fere in puritate & facultate conſiſtit, poſtea enim non charta, ſed oratio, carmen, obligatio &c. vocatur. Agnoviſſe videtur Ulpianus hanc inutilem ſubtilitatem in 13 § 14. *ff. ad exhib.* ubi ex æquitate, licet ad exhibendum agi nequeat in factum actionem dandam eſſe exiſtimat, ſi rationes Titii in charta aliena fuerint conſcriptæ. & illæ a domino chartæ poſſideantur. Eſt itaque ſecundum hanc philoſophiam dominus chartæ quoque ſcripturæ dominus, ſed per actionem in factum dominium ejus fit inane.

§. LXVI. Viderunt iſta plerique interpretes cordatiores, adeoque hunc § 33. in noſtris foris uſu omni deſtitui aſſerunt eſt enim charta res fungibilis, in quam non cadit affectio, ergo merito injuſta eſt alterius prætenſio, ſi præciſe chartam vellet vindicare. Aliis tamen adhuc arrident dogmata Juſtiniani quaſi videlicet hæc

Digitized by Google

lex nunquam abrogata, Ludvv. *diſp. 4. ad Inſt, tb. 7. lit. e.* cum tamen prius in quiri debuiſſet, an unquam eſſet recepta, ſed abundet quilibet ſuo ſenſu: De guſtibus enim non eſt diſputandum.

§. LXVII. De pictura diſponitur §. 34. *de R. D.* ubi demum Tribonianus ſapere incepit, quia ſc. hic ſapuit Cajus *in l. 9. §. 2. ff. de A. R. D. ubi ita: Sed non uti literæ chartis membranisve cedunt, ita ſolent picturæ tabulæ cedere, ſed ex diverſo placuit tabulas picturæ cedere*, addit Tribonianus *alii putant picturam tabulæ cedere*, quibus verbis aperte notat Paulum in *l. 23 §. 3. ff. de R. V.* inquientem: *Sed & id, quod in charta mea ſcribitur, aut in tabula pingitur ſtatim meum fit, licet de pictura quidem (ut Cajus) contra ſenſerint propter pretium picturæ, ſed neceſſe eſt, ei reicedi quod ſine illa eſſe non poteſt* Quoniam itaque, hic aperte occurrit antimonia, illi (enim qui dictam legem Pauli eum inſtitutionibus conciliare ſatagunt, multa verba textui Paulino inſerendo, aperti cavillatores ſunt) incaute ſane & imprudenter fecit Tribonianus, quod textum Paulinum digeſtis inſeruerit, quamvis vel maxime in Inſtit. poſtea hanc litem, approbando Caji ſententiam ſuſtuliſſe videatur. Equidem adhuc novus ſcrupulus injicitur a Triboniano in cit. *l. 33.* quod domino tabulæ utilem actionem concedat, quam tamen litem hic jam meam non facio, quia ad finem diſputationis propere.

§. LXIIX. Quo tendit vero tandem tua Philoſophia, urgebunt Encomiaſtæ juris Romani Nos LL. Romanis vivimus, aliter JCti, aliter philoſophi judicant. Equidem doleo, quod hactenus JCti Romani aliter judicaverint, quam quidem ipſa natura rei admittit, imo doleo, quod nimis ſubtiliter philoſophari maluerint, quam ipſam rei naturam conſiderare. Cum itaque ſatis conſtet, eos non attendiſſe. nec conſideraſſe, quod in res fungibiles non cadat affectio, merito iudicare licet, nullum ab iis nos habere uſum has ſubtilitates, quia tanquam res ineptæ a prudentibus Germanis nunquam fuerunt receptæ, quippe, qui magis ſimplicitatem juris Gentium, & naturam ipſius rei ſecuti ſunt, præſertim cum Dd. ipſi admittant, hæc omnia pertinere ad modos acquirendi juris Gentium, ubi neminem ligant Leges Romanæ, non magis, ac definitiones parum accuratæ ibidem non raro occurrentes.

§. LXIX. Et quavis ſponſione certare velim, ſi quis perluſtret omnia ſcrinia judiciorum totius Germaniæ, non deprehenſurum eſſe, quod ex iſtis capitibus Inſtitutionum per duo vel tria ſeculi decies, aut ſaltem bis vel ter ſit actio inſtituta, tantum abeſt, ut eadem ſecundum Inſtitutionum regulas finita, ac definita ſit, vel ſecundum eas in judiciis pronunciatum fuerit.

§. LXX Et quid ſi plane dubitarem, utrum apud ipſo Romanos hæ ſubtilitates uſum unquam in praxi habuerint? non enim novum eſt, quod ipſi JCti Romani fateantur, ſuas ſubtilitates in praxi ſuorum temporum non attendi, cujus rei ſpecimen dedit Dn. Præſes *in Diſp. de ſervit. Stillicid.* ex Paulo, de continua cauſa ſervitutum loquente in *l. 28. ff. de ſervit. præd. Urb.* qui tamen ipſe *in l. 9. de ſervit P. R.* in genere fatetur, in praxi illam ſubtilitatem non attendi. Et ne videamur deſtitui exemplo in noſtra materia, *l. 7. §. 5. ff. de A. R. D.* Cajus decidit, quod ſi alveus novus rurſus derelinquatur, illum non redire ad priſtinum dominum, ſed eorum eſſe, qui prope ripam prædia poſſident, deinde tamen fatetur praxin ſibi eſſe contrarium, dicendo: *Sed vix eſt ut id obtineat.* Nos eodem modo ax hactenus dictis concludimus, & cum Cajo finimus noſtram diſſertationem dicentes. *Vix eſt, ſubtilitates JCtorum Romanorum hactenus recenſita obtineant*

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google